

**FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA – UNIR
CAMPUS PROFESSOR FRANCISCO GONÇALVES QUILES – CACOAL
DEPARTAMENTO ACADÊMICO DO CURSO DE DIREITO**

DANIELA BARRETO DA SILVA

**O PODER NORMATIVO CONFERIDO AO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
DE RONDÔNIA QUANTO À UTILIZAÇÃO DO PREGÃO ELETRÔNICO NAS
LICITAÇÕES PÚBLICAS**

**TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO
MONOGRAFIA**

CACOAL/RO

2015

DANIELA BARRETO DA SILVA

**O PODER NORMATIVO CONFERIDO AO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
DE RONDÔNIA QUANTO À UTILIZAÇÃO DO PREGÃO ELETRÔNICO NAS
LICITAÇÕES PÚBLICAS**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Rondônia – *Campus* Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, como requisito parcial para grau final de bacharel em Direito elaborada sob a orientação do Professor Mestre Victor de Almeida Conselvan.

CACOAL/RO

2015

FICHA CATALOGRÁFICA

S586p Silva, Daniela Barreto da.
O poder normativo conferido ao Tribunal de Contas do Estado de Rondônia quanto à utilização do pregão eletrônico nas licitações públicas/ Daniela Barreto da Silva – Cacoal/RO: UNIR, 2015.
60 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação).
Universidade Federal de Rondônia – Campus de Cacoal.
Orientador: Prof. M.e Victor de Almeida Conselvan.

1. Direito administrativo. 2. Tribunal de Contas. 3. Controle externo. 4. Poder normativo. I. Conselvan, Victor de Almeida. II. Universidade Federal de Rondônia – UNIR. III. Título.

CDU – 342

Catálogo na publicação: Leonel Gandi dos Santos – CRB11/753

DANIELA BARRETO DA SILVA

**O PODER NORMATIVO CONFERIDO AO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
DE RONDÔNIA QUANTO À UTILIZAÇÃO DO PREGÃO ELETRÔNICO NAS
LICITAÇÕES PÚBLICAS**

Esta monografia foi julgada aprovada para obtenção do grau de **Bacharel em Direito** pela Universidade Federal de Rondônia – UNIR – *Campus* de Cacoal, mediante apresentação à Banca Examinadora, formada por:

Professor M.e Victor de Almeida Conselvan – UNIR - Presidente

Professor M.e Bruno Milenkovic Caixeiro

Professor Esp. Jônathas Siviero

Nota: _____

Cacoal/RO, 03 de julho de 2015.

Dedico este feito a Deus, à minha família (desculpem o meu mau-humor nos momentos em que eu achei que não conseguiria), a todos os amigos que me acompanharam nesta jornada, principalmente à minha querida Ariele, (amiga desde as fraldas) e, também, aos meus mestres, sem os quais eu não teria chegado até aqui.

AGRADECIMENTOS

A Deus, a quem devo todas as graças alcançadas, toda a minha existência e meu ser.

À minha família, a quem não poderia deixar de ofertar todo o meu amor e gratidão pelo apoio e ensinamentos.

Aos meus amigos e todos aqueles que acreditaram nesse projeto.

Ao meu orientador, o Professor Mestre Victor de Almeida Conselvan, que, desde o princípio, forneceu-me as bases e diretrizes indispensáveis à concretização deste trabalho e, igualmente, à Professora Mestra Daeane Zulian Dorst, que, a partir de seus valiosos conhecimentos metodológicos, ajudou-me a concluir a presente obra.

Por fim, agradeço a todos os mestres que, de alguma forma, contribuíram com minha formação acadêmica.

A todos, minha imensa gratidão.

“Todo homem toma os limites de seu próprio campo de visão como os limites do mundo”.

(Arthur Schopenhauer)

RESUMO

O Tribunal de Contas do Estado de Rondônia é um órgão que encontra respaldo diretamente na Constituição Federal de 1988. Trata-se de um órgão de fiscalização, que atua de forma a auxiliar o controle externo exercido pelo Poder Legislativo. Às Cortes de Contas foram atribuídas diversas competências, dentro dos limites impostos constitucionalmente. Entretanto, existem lacunas relacionadas ao espaço de abrangência do poder normativo que albergam o desempenho das funções dos Tribunais de Contas, inclusive no âmbito do estado de Rondônia. É sob esta vertente que é proposta a presente discussão, que buscará investigar se este Tribunal de Contas está, de fato, agindo legitimamente quanto ao exercício do controle externo sobre as instituições responsáveis pela Administração Pública. A temática abordada inclui, máxime, o debate sobre a ingerência da Corte de Contas deste estado sobre a escolha do pregão para a realização de licitações públicas.

Palavras-chave: Tribunal de Contas. Controle externo. Poder normativo.

ABSTRACT

The Court of Accounts of the State of Rondonia is a component that is supported directly by the Federal Constitution of 1988. This is a supervisory body, which operates in such a way as to assist the external control exercised by the legislature. The Cortes of Accounts were assigned various responsibilities, within the limits imposed constitutionally. However, there are shortcomings related to the area of coverage of the normative power that offers the performance of the functions of the Courts of Accounts, including within the framework of the state of Rondonia. It is under this section that is proposed this discussion, that searches for investigating whether this Court of Accounts is, in fact, acting legitimately and to the exercise of external control over the institutions responsible for Public Administration. The subject matter includes the discussion about the interference of the Court of Accounts of this state on the choice of trading for the achievement of public bids.

Keywords: Court of Accounts. External control. Normative power.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 DO TRIBUNAL DE CONTAS.....	12
1.1 DA SUA INSTITUIÇÃO	13
1.2 FUNÇÃO PRECÍPUA	15
1.3 DOS LIMITES DE SUA NORMATIVIDADE	17
1.3.1 Jurisdição e competência.....	17
1.4 DA POSIÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS NA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES	19
2 DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	25
2.1 DO PODER VINCULADO	25
2.2 DO PODER DISCRICIONÁRIO.....	27
3 DO PREGÃO	30
3.1 DOS ASPECTOS INERENTES ÀS LICITAÇÕES PÚBLICAS.....	30
3.2 DOS PRINCÍPIOS	31
3.2.1 Do princípio da igualdade (ou isonomia).....	31
3.2.2 Do princípio da legalidade	33
3.2.3 Do princípio da impessoalidade	34
3.2.4 Do princípio da moralidade	35
3.2.5 Do princípio da publicidade	36
3.2.6 Do princípio da eficiência.....	37
3.2.7 Do princípio da vinculação ao instrumento convocatório	37
3.2.8 Do princípio do julgamento objetivo	38
3.2.9 Do princípio da adjudicação compulsória.....	39
3.3 DA LEI FEDERAL N. 8.666/1993	40
3.4 DA LEI FEDERAL N. 10.520/2002	41
3.5 DO DECRETO N. 5.450/2005 E DA SÚMULA N. 6/TCE-RO	43
4 DO PODER NORMATIVO DO TRIBUNAL DE CONTAS E A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA QUANTO À UTILIZAÇÃO DO PREGÃO ELETRÔNICO NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS.....	45
4.1 A SÚMULA N. 6/TCE-RO ENQUANTO INSTRUMENTO DE UNIFORMIZAÇÃO DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA.....	45
4.2 A SÚMULA N. 6/TCE-RO E A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.....	47

4.3 O CONTROLE DE LEGALIDADE FEITO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA A PARTIR DA SÚMULA N. 6/TCE-RO	49
CONSIDERAÇÕES FINAIS	52
REFERÊNCIAS	54
OBRAS CONSULTADAS	58

INTRODUÇÃO

O Tribunal de Contas do Estado de Rondônia é um órgão que atua de forma a auxiliar o Poder Legislativo no tocante ao exercício do controle financeiro, orçamentário, contábil, operacional e patrimonial dos demais órgãos que compõem a estrutura do estado. Encontra-se respaldado sobre as disposições emanadas dos artigos 70 a 75 da Constituição Federal, que tratam da fiscalização contábil, financeira e orçamentária.

A proposta do trabalho que ora se apresenta se baseia na necessidade crescente da sociedade quanto à transparência na gestão pública e, também, sobre a efetividade exercida pelos órgãos de controle sobre a atividade administrativa, como é o caso do Tribunal de Contas.

Serão abordados, principalmente, os aspectos relacionados à amplitude da normatividade conferida ao Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, partindo-se da análise de instrumentos normativos editados por esse órgão que, por sua natureza, comprometem a independência dos demais Poderes, sobretudo o Executivo, quando do desenvolvimento de sua função típica, que é administrar. Busca-se investigar se os parâmetros para o exercício do poder fiscalizatório estão, de fato, sendo respeitados pela Corte de Contas deste estado.

Outrossim, o estudo recairá sobre a análise do instituto licitatório do pregão, as hodiernas tendências que lhe envolvem e sua relação com os poderes conferidos ao gestor quando da escolha da melhor modalidade a ser adotada, considerando-se a necessidade de se atingir o interesse público.

Toda a pesquisa se norteará pelos princípios que regem a Administração Pública, principalmente os que estão dispostos no artigo 37 da Constituição Federal e aqueles relacionados, intrinsecamente, ao instituto das licitações, dispostos na Lei Federal n. 8.666/1993. Realizar-se-á uma análise acerca das peculiaridades de cada preceito que

interesse ao presente trabalho, de modo que as constatações auferidas possam conduzir à obtenção de resultados satisfatórios, respeitando-se a juridicidade demandada pela pesquisa.

Por fim, confrontar-se-ão os dados obtidos, no que toca às características inerentes ao Tribunal de Contas, à sua localização na teoria da separação dos poderes, ao paralelo existente entre o poder vinculado e o poder discricionário conferidos ao administrador público e, derradeiramente, às licitações públicas, os princípios que as respaldam e a escolha pelo pregão, festejado, hodiernamente, como a modalidade que melhor atende ao interesse público, considerando-se, ainda, o Decreto n. 5.450/2005 e a Súmula n. 6/TCE-RO, sendo que ambos prescrevem a preferência pela utilização do pregão em sua forma eletrônica, quando da realização de licitações pelo Poder Público.

1 DO TRIBUNAL DE CONTAS

O Tribunal de Contas é um órgão que encontra previsão no artigo 73 da Constituição Federal, que trata, especificamente, do Tribunal de Contas da União. Consoante disposição da Carta Política de 1988, tal órgão é formado por nove Ministros, que devem ser nomeados dentre brasileiros que preencham os requisitos legais, assim sendo, os que tenham mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, possuam idoneidade e reputação ilibada, detenham de patentes conhecimentos, alternativamente, nas áreas jurídica, contábil, econômica, financeira ou de administração pública e, por derradeiro, que tenham exercido, por mais de dez anos, função ou efetiva atividade que exija tais conhecimentos.

A escolha dos Ministros, de acordo com o artigo 73, §2º, CF, será feita da seguinte forma:

- I – um terço pelo Presidente da República, mediante aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, após formação de lista tríplice pelo Tribunal, segundo critérios de antiguidade e merecimento;
- II – dois terços pelo Congresso Nacional.

O Distrito Federal constitui a sede do Tribunal de Contas da União. O seu quadro funcional é formado por pessoal próprio, e sua jurisdição atinge todo o território nacional. De igual modo, os Ministros do Tribunal de Contas da União dispõem das mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça.

As funções atinentes ao exercício do controle externo pelo Tribunal de Contas da União, juntamente com o Congresso Nacional, estão elencadas no rol descrito no artigo 71 da Constituição Federal de 1988. Grosso modo, o controle externo exercido pelo Tribunal de Contas em relação às Administrações direta e indireta, repousa, predominantemente, sobre o aspecto financeiro. Nesta seara, Guerra (2011, p. 142), afirma que:

As competências para o exercício dessa espécie de controle, contidas na Carta Constitucional de 1988, abarcam todos aqueles (pessoa física ou jurídica, pública ou privada) que, embora não componham a estrutura da Administração Pública, utilizem, arrecadem, guardem, gerenciem ou administrem dinheiro, bens e valores públicos ou pelos quais o Estado responda ou, em nome deste, assumam obrigações de natureza pecuniária.

No que toca às prerrogativas conferidas ao Tribunal de Contas, tem-se que:

No Brasil, a Carta Política de 1988 instituiu o Tribunal de Contas da União, como padrão para os órgãos congêneres estaduais e municipais (art. 75), gozando das mesmas prerrogativas de autonomia constitucional asseguradas aos tribunais do Judiciário (art. 73, *in fine*, c/c art. 96) de modo que, de maneira enfática, no elenco de suas atribuições constitucionalmente dispostas, satisfaz concomitantemente a todos os critérios que igualmente o identificam e o distinguem como uma das estruturas políticas da soberania, no desempenho de diversas funções de proteção de direitos fundamentais de sede constitucional (CASTRO, 2004, p. 60).

Em relação ao Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, este foi criado no dia 31 de janeiro de 1983, por meio do Decreto-Lei Estadual de n. 47, que se encontra, atualmente, regulado pela Lei Complementar n. 41, de 22 de dezembro de 1981. Notadamente, foi constituído sob os liames impostos pelo art. 75 da Constituição Federal, no sentido de que as normas regentes do Tribunal de Contas da União se aplicam, no que couberem, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados [...]. Destaque-se, porém, que no âmbito estadual, as Cortes de Contas são formadas por Conselheiros, no total de sete, e não por Ministros.

O instrumento normativo que regula a composição, a estrutura e o funcionamento do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia é a Lei Complementar n. 154, de 26 de julho de 1996.

1.1 DA SUA INSTITUIÇÃO

As concepções acerca da criação de um órgão de controle no Brasil remontam ao período colonial, momento o qual o Brasil ainda sofria com a ingerência do Governo Português. Segundo informativo do Tribunal de Contas da União:

A ideia de criação de um Tribunal de Contas surgiu, pela primeira vez no Brasil, em 23 de junho de 1826, com a iniciativa de Felisberto Caldeira Brandt, Visconde de Barbacena, e de José Inácio Borges, que apresentaram projeto de lei nesse sentido ao Senado do Império. As discussões em torno da criação de um Tribunal de Contas durariam quase um século, polarizadas entre aqueles que defendiam a sua necessidade – para quem as contas públicas deviam ser examinadas por um órgão independente –, e aqueles que o combatiam, por entenderem que as contas públicas podiam continuar sendo controladas por aqueles mesmos que as realizavam. Somente a queda do Império e as reformas político-administrativas da jovem República tornaram realidade, finalmente, o Tribunal de Contas da União. Em 7 de novembro de 1890, por iniciativa do então Ministro da Fazenda, Rui Barbosa, o Decreto nº 966-A criou o Tribunal de Contas da União, norteados pelos princípios da autonomia, fiscalização, julgamento, vigilância e energia. A Constituição de 1891, a primeira republicana, ainda por influência de Rui Barbosa, institucionalizou definitivamente o Tribunal de Contas da União, inscrevendo-o no seu art. 89 (BRASIL, *online*).

Interessante anotação faz Laubé (1992, p. 312), no que concerne à iniciativa de Rui Barbosa quanto à criação de um Tribunal de Contas na recém-proclamada República. Para tanto, foi elaborado o Decreto n. 966-A, de 7 de novembro de 1890, que continha valiosa exposição de motivos com a proposta de instituição de um órgão de controle e fiscalização, como o Tribunal de Contas:

[...] a criação de um Tribunal de Contas, corpo de magistratura intermediária à Administração e à Legislação que, colocado em posição autônoma, com atribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias contra quaisquer ameaças, possa exercer suas funções vitais no organismo constitucional, sem risco de converter-se em instituição de ornato aparatoso e inútil.

Com a Proclamação da República, no ano de 1888, e com a promulgação de uma nova Constituição, em 1891, foi instituído um limite mais claro sobre o âmbito de atuação do precitado órgão fiscalizador, a saber:

Art. 89. É instituído um Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso. Os membros deste Tribunal serão nomeados pelo Presidente da República com aprovação do Senado, e somente perderão os seus lugares por sentença (BRASIL, 1891).

Maranhão (1992, p. 329) relembra os fatos que sucederam à promulgação da Constituição de 1891:

Logo depois, o Governo editou o Regulamento n. 1.166, de 17 de dezembro de 1892, dispondo sobre o Tribunal de Contas, atribuindo-lhe exame prévio e veto absoluto.

E mais: sem que disso a Constituição houvesse cogitado, conferiu-lhe o poder, uma “jurisdição” para julgar as contas dos responsáveis por dinheiros ou valores públicos, emprestando às suas decisões força de sentença [...].

Com a criação do Tribunal de Contas da União e sua consequente regulamentação pelo ordenamento constitucional brasileiro como importante órgão de fiscalização dos atos emanados dos Poderes da República, foi se consolidando, ao longo das Constituições posteriores, a consciência acerca da relevância que as Cortes de Contas têm em relação à função de controle sobre os atos emanados dos diversos órgãos do Estado.

Trata-se, portanto, de um instrumento criado pelo constituinte, com o fim de proteger e assegurar a lisura dos procedimentos realizados pelo Poder Público, o que, de maneira mediata, contempla a efetivação dos princípios e direitos garantidos pela Constituição Federal, em matéria de democracia e respeito ao cidadão.

1.2 FUNÇÃO PRECÍPUA

Como dito anteriormente, o Tribunal de Contas foi criado com o escopo máximo de fiscalizar os atos provenientes da Administração Pública. É o art. 71 da Carta da República que elenca as atribuições que competem ao controle externo desempenhado pelo Tribunal de Contas, enquanto auxiliar do Poder Legislativo na função fiscalizatória¹:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

Não obstante este extenso rol, é preciso ressaltar, ainda, que, consoante lição de Fernandes (2012, p. 267), “os Tribunais de Contas tanto têm competência como limite da

¹ Segundo o art. 70 da Constituição Federal, “a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade [...], será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo”, o que será feito com auxílio do Tribunal de Contas da União (art. 71, Constituição Federal). Essa fiscalização recairá sobre as contas prestadas pelas pessoas arroladas no parágrafo único do art. 70 da Carta Magna, assim sendo “qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou quem em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária”.

jurisdição, quanto atribuições ou competências de cunho meramente administrativo [...]”, conforme se verá a seguir.

É oportuno destacar que, no que se refere à função fiscalizatória, instrumentada no artigo 70 da Constituição Federal, esta adquire os seguintes contornos, a partir da harmonização entre as funções do Tribunal de Contas e o Poder Legislativo:

[...] a fiscalização dos atos da Administração “não é uma faculdade inferior ou adjacente à de editar leis; pelo contrário, é fundamental e necessária à própria elaboração das leis, a fim de que o Legislativo conheça como funcionam os outros órgãos, sobretudo o Executivo, em relação ao qual exerce amplo controle” (LAUBÉ, 1992, p. 310).

Repise-se, contudo, que, segundo Laubé (1992, p. 311) “a atividade fiscalizatória exercida pelos órgãos parlamentares é, por motivos óbvios, política, enquanto que aquela exercida pela Corte de Contas, como auxiliar daqueles, é estritamente técnica”.

O ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda Pertence (1988, p. 41 *apud* FERNANDES, 2012, p. 268), anota que:

A jurisprudência do STF acolheu a nítida diferença que a jurisprudência dos Tribunais de Contas estabelece entre a competência de apreciação do artigo 71, I, das contas do Presidente da República e a competência de que falava a Constituição passada, de julgamento das contas de todos os demais responsáveis por dinheiros, bens e valores da Administração direta e indireta. Claramente se estabeleceu, em consequência, algo que me parece de grande relevo na caracterização do próprio perfil constitucional do Tribunal de Contas porque, diferentemente do que ocorre com as contas gerais da Presidência da República ou do Governo do Estado, as contas da Assembleia Legislativa e as contas do Poder Judiciário, assim como as do Ministério Público, são sujeitas a julgamento, vale dizer, a decisão definitiva do Tribunal de Contas.

Infere-se que o controle exercido pelo Tribunal de Contas aplica-se a todos os órgãos responsáveis por dinheiros, bens e valores da Administração direta e indireta, e, igualmente, aos órgãos do Poder Judiciário e ao Ministério Público.

Desse modo, a função precípua do Tribunal de Contas é fiscalizar, sob o respaldo do princípio da legalidade e, ainda, julgar questões que estejam sob o manto de sua competência privativa. Sopesa-se que as Cortes de Contas apreciam os atos que estejam sob sua jurisdição a partir da economicidade e da legitimidade, como forma de auferir a legalidade dos precitados atos.

1.3 DOS LIMITES DE SUA NORMATIVIDADE

Considerando os poderes previamente arrolados e a hodierna atuação do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, sobretudo no que diz respeito à prolação de decisões que ingerem nos atos emanados do Poder Público, e também à edição de súmulas em matéria discricionária, é imperiosa a discussão acerca dos limites de atuação e normatividade desta Corte de Contas, de modo que sejam coligidos elementos que permitam identificar os parâmetros conferidos pela lei e pela Constituição Federal quanto à legalidade e legitimidade no desempenho de suas funções.

1.3.1 Jurisdição e competência

Certamente, muitas das controvérsias que envolvem os Tribunais de Contas estão relacionadas ao poder jurisdicional atribuído a este. Sobre a jurisdição, não faltam explicações doutrinárias para esclarecer as suas peculiaridades e os órgãos a que se aplica.

Fernandes (2012, p. 140), alerta para o fato de que, quanto ao instituto da *juris dictio*, “embora normalmente usada para designar atribuições especiais conferidas aos magistrados, encarregados de administrar a Justiça, a ela não se adstringe”. E vai além, pois:

[...] em sentido lato, jurisdição quer significar todo poder ou autoridade conferida à pessoa, em virtude da qual pode conhecer de certos negócios públicos e os resolver. E neste poder, em que se estabelece a medida das atividades funcionais da pessoa, seja juiz ou autoridade de outra espécie estão incluídas não somente as atribuições relativas à matéria, que deve ser trazida a seu conhecimento, mas ainda a extensão territorial, em que o mesmo poder se exercita (FERNANDES, 2012, p. 141).

A controvérsia acerca dos poderes conferidos ao Tribunal de Contas, inclusive o poder jurisdicional, se deve, *a priori*, ao fato de que aquele não se enquadra, na esfera de organização dos Poderes, como um órgão judicial, o que possibilita inferir, de plano, que não seria cabível conferir-lhe jurisdição. Entretanto, é interessante obtemperar o pensamento de Fernandes (2012, p. 143), para quem “a jurisdição é uma das funções da soberania, porque de nada adianta dizer o direito aplicável ao caso concreto, se, em sendo necessário tornar efetiva e concreta essa interpretação, o agente encarregado não puder fazê-lo”. Aqui, cabe breve discurso acerca da “teoria dos poderes implícitos”.

Bonavides (2004, p. 474) explica que:

Na execução prática do governo, os agentes da autoridade pública devem fruir de liberdade para exercer os poderes que a Constituição e as leis lhe cometeram. Devem ter uma larga margem discricionária quanto à escolha dos meios; e o único

limite a essa esfera de discricção há de consistir na adequação dos meios ao fim [...]. Se o fim for legítimo e estiver dentro do escopo da Constituição, todos os meios apropriados e claramente ajustados àquele fim, e não proibidos, podem ser constitucionalmente empregados para levá-lo a bom termo.

É inconcebível que o Estado, ao imputar determinada competência a um ente ou órgão, não lhe conceda os meios necessários para se atingir os fins por ele propostos. É o que ocorre na esfera de atribuições do Tribunal de Contas, que, diante das divergências existentes quanto ao seu poder jurisdicional (ou não), tem o seu limite de atuação cerceado. É nesta senda que se fixa a máxima de que “nenhum axioma no direito ou na razão se acha mais claramente estabelecido que aquele, segundo o qual, onde se pretende o fim se autorizam os meios” (BONAVIDES, 2004, p. 474).

Não se pode deixar de se expor aqui o seguinte excerto, que trata da dimensão da teoria dos poderes implícitos e a proeminência que esta exerce sobre a atividade jurídico-administrativa:

Os poderes implícitos estão para a hermenêutica constitucional assim como a separação dos poderes para a preservação jurídica da liberdade. Ambos representam técnicas essencialmente lógicas e racionais extraídas de uma análise ao poder político, de uma Sociedade que, ao exhibir determinada estrutura, já alcançou um certo grau de desenvolvimento institucional (BONAVIDES, 2004, p. 475).

Segundo Castro (2004, p. 59), estar-se-á diante de um órgão portador e, também, garantidor dos valores político-constitucionais do Estado, dotado de soberania, por derivar imediatamente da Constituição, destacando-se por ser coessencial à caracterização da forma de governo constitucionalmente instituída.

Feitas tais considerações, a atuação jurisdicional do Tribunal de Contas, apesar de não integrar o Poder Judiciário, propõe-se à apreciação de certas situações que o colocam em uma posição, não raro, conflitante, perante os demais órgãos munidos, por sua própria natureza, do poder jurisdicional.

Para tanto, é interessante partir da leitura do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que, num primeiro momento, leva a crer que somente o Poder Judiciário pode agir na defesa de direitos, quando ameaçados ou efetivamente lesionados. De fato, essa deve ser a interpretação primeira do aludido dispositivo constitucional. Todavia, é necessário ter cautela, considerando o risco de restar caracterizada uma espécie de “monopólio” do Poder Judiciário, no que tange à resolução de questões que também podem ser apreciadas por outros órgãos.

Sob a vertente principiológica, Maximiliano (2011, p. 104), aborda a temática da jurisdição e a possibilidade de que outros órgãos sejam com ela contemplados, além daqueles pertencentes ao Poder Judiciário:

O Direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em independência metódica, embora fixada cada uma no seu lugar próprio. De princípios jurídicos mais ou menos gerais deduzem-se corolários; uns e outros se condicionam e se restringem reciprocamente, embora se desenvolvam de modo que constituem elementos autônomos operando em campos diversos.

No que atine ao suposto “monopólio” do Poder Judiciário quanto à detenção do poder jurisdicional, atente-se para o fato de que a própria Constituição Federal faz alusão a situações que conduzem ao raciocínio de que a outros órgãos, igualmente, se aplica o poder de “dizer o direito”. Assim o é, por exemplo, quando a Carta Magna outorga ao Senado Federal a competência para julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade, conforme seu art. 52, I, e, de igual modo, quando confere ao Tribunal de Contas da União o poder de julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário, a teor do que prescreve o art. 71, II, da Constituição da República.

Nesse mister, é possível afirmar que “a jurisdição é atividade-fim do Poder Judiciário, porque, no âmbito desse Poder, julgar é tudo [...]. Não é assim com os Tribunais de Contas, que fazem do julgamento um dos muitos meios ou das muitas competências para servir à atividade-fim do controle externo” (CASTRO, 2004, p. 186).

Fernandes (2012, p. 154) é firme ao assinalar que a disposição constitucional de que “‘a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual’ não é obstáculo a este entendimento, porque, no caso, a redução de competência do judiciário resulta da Constituição, e não da lei”. O entendimento que o doutrinador corrobora é no sentido de que, de fato, é a própria Constituição que retira do Poder Judiciário o exame de determinadas questões, de modo que esta realidade, qual seja, a de que outros órgãos não judiciários podem igualmente “dizer o direito” sem ferir o ordenamento jurídico, não pode ser ignorada.

1.4 DA POSIÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS NA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Consoante a Constituição Federal, o Tribunal de Contas é órgão que atua juntamente ao Congresso Nacional, quando da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das entidades que compõem a Administração direta e indireta. Logo, poderia se

afirmar que se trata de um órgão pertencente ao Poder Legislativo, dada a sua aparente vinculação às atribuições conferidas ao Congresso Nacional. Entretanto, é necessário o estudo da *teoria da tripartição dos poderes*, o que proporcionará maior cognição acerca da posição do aludido órgão na estrutura do Estado.

Laubé (1992, p. 309) fornece um aparato didático que em muito contribui com as concepções introdutórias sobre a estruturação do Estado contemporâneo, partindo da teoria da tripartição dos Poderes e rechaçando quaisquer equívocos que possam surgir desta. O doutrinador reforça, desde já, a unicidade do poder estatal, realçando a evolução sofrida pelos sistemas jurídicos concebidos até os dias atuais. Veja-se:

[...] o poder é uno, inexistindo a “repartição dos poderes” tão proclamada por parte da doutrina. O que se faz é atribuir a determinados órgãos do Estado, através da Constituição, o exercício de parcelas das funções daquele poder: há sim uma tripartição das funções estatais em função legislativa, função executiva e função jurisdicional, atribuindo-se a primeira ao Legislativo, a segunda ao Executivo e a terceira ao Judiciário.

No passado, de forma diversa, essas funções eram exercidas por uma única pessoa, já que o poder do Estado, como é sabido, se concentrava nas mãos do monarca. Decorre disso a conhecida assertiva “l’État c’est moi”, que tão bem caracterizou o Absolutismo.

Como salientado, a concepção moderna sobre a organização das funções do Estado sofreu, ao longo dos séculos, grande evolução, pois, ao contrário do que se pensa, a preocupação com a divisão dos poderes conferidos ao Estado teve origem ainda na Antiguidade, que, consoante Dallari (2007, p. 218), se deu a partir da iniciativa de Aristóteles, para quem seria altamente perigoso atribuir-se a um só indivíduo o exercício do poder.

Após Aristóteles, a história viveu grandes experiências que tiveram contribuições de Maquiavel (2007), Thomas Hobbes (1997) e John Locke (1994), chegando a Montesquieu (2000), que com sua obra “Do Espírito das Leis”, publicada no ano de 1748, foi o precursor da teoria da separação dos Poderes.

Montesquieu contemplou, conforme citado por Dallari (2007, p. 219) o fenômeno da divisão das funções do Estado da maneira como hoje se conhece, “um sistema em que se conjugam um legislativo, um executivo e um judiciário, harmônicos e independentes entre si, tomando, praticamente, a configuração que iria aparecer na maioria das Constituições”. Ainda sobre Montesquieu, consta da obra de Dallari (2007, p. 219), que é daquele a assertiva de que “tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes”. Assim está descrito na obra “Do Espírito das Leis”:

A liberdade política, num cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um possui de sua segurança; e, para que se tenha esta liberdade,

cumpra que o cidadão não possa temer outro cidadão. Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor (MONTESQUIEU, 2000, p. 149).

Para Dallari (2007, p. 219), a intenção de Montesquieu, em relação à idealização de uma separação dos Poderes tinha o fito de enfraquecer o poder estatal, fixando tal teoria como um elemento dogmático do Estado Moderno, de modo que se afastou, até mesmo, a possibilidade de existência de democracia em tal modelo.

O movimento constitucionalista trouxe consigo a concepção do sistema de freios e contrapesos, tendo em vista o equilíbrio das relações entre as funções do Estado, assim sendo os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Tal proposta dificultou o exercício totalmente independente dos três Poderes, conforme se depreende do excerto seguinte:

A primeira crítica feita ao sistema de separação de poderes é no sentido de que ele é meramente formalista, jamais tendo sido praticado. A análise do comportamento dos órgãos do Estado, mesmo onde a Constituição consagra enfaticamente a separação dos poderes, demonstra que sempre houve uma intensa interpenetração. Ou o órgão de um dos poderes pratica atos que, a rigor, seriam de outro, ou se verifica a influência de fatores extraleais, fazendo com que algum dos poderes predomine sobre os demais, guardando-se apenas a aparência de separação (DALLARI, 2007, p. 221)

Sobre a imperiosa necessidade de observação e cumprimento do princípio em voga, e, mais ainda, sobre a limitação que decorre da separação dos poderes, é de extrema valia a lição de Machado (2000, p. 23):

Não se pode admitir que o titular de poderes os exercite sem limites. Isto somente seria razoável se partíssemos do pressuposto de que o titular do poder é isento da falibilidade humana, o que indiscutivelmente não acontece. Muito pelo contrário, quando alguém é investido de poderes, tende a destes abusar, de sorte que a grande missão do Direito reside exatamente no equacionamento do exercício do Poder, de tal modo que o seu titular não possa cometer abusos.

Considerando a tendência acima estudada, toma relevo a questão da importância conferida aos Tribunais de Contas e sua localização na teoria da separação dos Poderes. Fernandes (2012, p. 268) faz menção ao legado de Aristóteles que, em sua obra “A Política”, já asseverava que, “como certas magistraturas, para não dizer todas, têm o manejo dos dinheiros públicos, é forçoso que haja uma outra autoridade para receber e verificar as contas

sem que ela própria seja encarregada de qualquer outro mister” (FERNANDES, 2012, p. 162). A preocupação com o exercício do controle externo remonta, novamente, à Antiguidade, mais precisamente na Grécia, onde foi registrada a “existência de um Tribunal composto por dez oficiais a quem os arcontes, embaixadores e outros servidores prestavam contas” (FERNANDES, 2012, p. 162).

Atualmente, a teoria da separação dos Poderes assume novos contornos, e sobre estes, congrega Meneses (2003, p. 20):

[...] inexistência de preponderância de quaisquer dos poderes estatais. O que há fundamentalmente é a delimitação das áreas em que atuam. Assim, para que se admita a normalidade democrática, nenhum dos poderes usurpará funções que lhe sejam destinadas pelo ordenamento jurídico.

Para Silva (1999, p. 113):

[...] o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em colaboração de poderes.

Nesse mesmo sentido, qual seja, a da superação da tripartição clássica proposta por Montesquieu, se posiciona Castro (2004, p. 53):

[...] o poder do Estado, entendido como aquele que as sociedades contemporâneas lhe cometem, é, por natureza, conceptualmente uno e indivisível: um axioma que se torna ainda mais nítido, quando se o concebe a partir da extraordinária integração jurídica das vontades que confluem para produzi-lo nos complexos processos seletivos desenvolvidos nas modernas democracias contemporâneas [...]. Mas, se o poder do Estado é, por definição, uno e indivisível, o seu emprego aparece diversificadíssimamente desdobrado, não prescindindo da possibilidade de expressar-se, igualmente, de muitos modos, para executar especializadamente distintas funções. Cada uma delas passa a ser, assim, um modo específico de expressão do Poder Estatal, o que remete às Constituições uma definição derivada da expressão limitadora e condicionadora do emprego do Poder Estatal pelo manejo do instituto da competência.

Portanto, há, na realidade, uma flexibilização sobre a forma como os Poderes se relacionam. O que ocorre é uma mensuração que visa o estabelecimento de um equilíbrio no desempenho de suas funções, numa verdadeira celebração do fenômeno do *checks and balances*.

Diante das considerações acerca da localização do Tribunal de Contas no âmbito dos três Poderes, não obstante o art. 70 da Constituição Federal prescreva que o controle externo da Administração Pública será exercido pelo Congresso Nacional, **com auxílio do Tribunal de Contas**, é preciso salientar que inexistência, entre estes, relação de hierarquia que possa subordinar o Tribunal de Contas da União ao Legislativo. Para Fernandes (1999, p. 169):

O poder hierárquico, conforme noções elementares do Direito Administrativo, existe na estrutura organizacional típica do Poder Executivo; por extensão, adota-se como elemento de ordenação interna de órgãos administrativos dos demais Poderes. Para relacionar órgãos autônomos ou independentes, o vínculo jurídico que existe é o de colaboração [Nesse sentido, José Cretella Jr., *in* Curso de Direito Administrativo. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 71]. Ninguém ousaria sustentar a existência de subordinação entre Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal ou entre as Casas do Congresso Nacional, exatamente porque consabida é a existência da relação jurídica de colaboração.

Seliar (2009, p. 252) compartilha da cognição concebida por Fernandes, e explica, sob o aspecto procedimental, a inexistência de hierarquia entre o Poder Legislativo e a atividade desempenhada pelo Tribunal de Contas:

No sistema brasileiro atual, o controle externo é atribuição do Poder Legislativo, a quem incumbe, em primeiro plano, o julgamento político das prestações de contas do Chefe do Poder Executivo (isso ocorre em todas as esferas federativas, simetricamente). O julgamento é precedido pela emissão, independente, de um parecer prévio do Tribunal de Contas e ele é peça político-institucional e jurídica indispensável para o exercício dessa competência a cargo das Casas Legislativas. Daí a expressão “com o auxílio” do Tribunal de Contas é exercido o controle externo pelo Poder Legislativo.

No que toca à inconsistência terminológica que considera o Tribunal de Contas como um “auxiliar” do Poder Legislativo, Soares (1996, p. 261) reforça a ideia de que a atividade de julgamento que detém o Tribunal de Contas “é incompatível com a função de mero órgão auxiliar”, no sentido de que o referido órgão “não está prestando auxílio, mas exercendo uma atribuição de julgador, de forma autônoma, em que sua decisão não é submetida ao Congresso Nacional para confirmá-la ou rejeitá-la”.

Castro (2004, p. 178) assim leciona:

Não sendo órgão do Poder Legislativo, nenhum Tribunal de Contas opera no campo da subalterna auxiliaridade. Tanto assim que parte das competências que a Magna Lei confere ao Tribunal de Contas da União nem passa pelo crivo do Congresso Nacional ou de qualquer das Casas Legislativas Federais [...]. O TCU se posta é como órgão da pessoa jurídica da União, diretamente, sem pertencer a nenhum dos três Poderes Federais. Exatamente como sucede com o Ministério Público, na legenda do art. 128 da Constituição, incisos I e II.

Tal assertiva permite concluir que, entre o Tribunal de Contas e os órgãos que constituem os demais Poderes, há uma relação de colaboração, consagrando-se, portanto, o primeiro como um ente autônomo. É tanto que, na lição de Maranhão (1990, p. 101):

“[...] o Tribunal de Contas é um órgão independente, em relação aos três Poderes, mas de relevante contribuição, auxiliando-os no desempenho de suas atividades de governo, ou em suas específicas atribuições constitucionais e legais.”

Para Medauar (1993, p. 140-141), no que atine à localização do Tribunal de Contas na estrutura dos Poderes estabelecidos pela Constituição Federal, há que se considerar que:

Tendo em vista que a própria Constituição assegura ao Tribunal de Contas as mesmas garantias de independência do Poder Judiciário, impossível considerá-lo subordinado ao Legislativo ou inserido na estrutura do Legislativo. A sua função é de atuar em auxílio do Poder Legislativo. Sua natureza, em razão das próprias normas da Constituição, é a de órgão independente, desvinculado da estrutura de qualquer dos três poderes. A nosso ver, por conseguinte, o Tribunal de Contas configura instituição estatal independente.

Apesar da autonomia e independência outorgadas ao Tribunal de Contas, não se deve olvidar que a titularidade do controle externo compete ao Poder Legislativo, que o exercerá mediante colaboração daquele. Para Fernandes (1999, p. 169), esta titularidade é produto do fato de que “o Poder Legislativo é composto por representantes do povo, com legitimidade para impor a arrecadação tributária [...], definir sua aplicação, mediante a Lei Orçamentária, e, por corolário natural, exercer o controle”.

Destaque-se que, no que diz respeito às atribuições conferidas aos Tribunais de Contas dos estados-membros, estas decorrem diretamente do princípio da simetria, festejado pela própria Constituição Federal, que dispõe, em seu art. 75, que aplicar-se-ão aos Tribunais de Contas dos Estados, “no que couber, as normas pertinentes à organização, composição e fiscalização atinentes ao Tribunal de Contas da União”. Scliar (2009, p. 254) afirma que:

[...] o disposto no artigo 70 é modelo obrigatório, em razão da simetria federativa adotada em 1988, para as Cartas Estaduais, ou seja, a fiscalização atribuída como dever-poder ao Congresso Nacional é também dever-poder das Assembleias Legislativas, Câmaras Municipais e à Câmara Legislativa do Distrito Federal. O objeto da fiscalização dos entes federados são, respectivamente, as administrações públicas estadual, municipal e distrital, sob os mesmos princípios referidos e no elenco fiscalizatório determinado pelo artigo 70.

A necessidade de observância dos parâmetros estabelecidos pela Constituição Federal é imperiosa para o adequado funcionamento dos Poderes, ainda que, eventualmente, surjam conflitos de competência. É o princípio federativo que, nesta senda, poderá atuar como arcabouço para a resolução de contendas, contemplando, com isso, a realização da justiça e dos fins máximos propostos pelo Estado Democrático de Direito, lembrando sempre que no desenvolvimento de seu mister, o Tribunal de Contas busca atuar com independência, garantindo a efetividade da fiscalização e controle por ele exercido.

2 DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

A Administração Pública dispõe de poderes que decorrem diretamente da lei, o que lhe permite desempenhar seus encargos conforme a necessidade de alcance do interesse público e demais objetivos inerentes à atividade administrativa estatal. No desenvolvimento desta, é vedado à Administração ultrapassar os limites impostos pela lei, sob pena de tais atos serem considerados ilegais. Destaque para o princípio da legalidade, que regula as relações e os frutos provenientes da atuação do Poder Público. É o referido princípio que “surge como garantia de equilíbrio entre os poderes de autoridade que a Administração exerce e os direitos individuais assegurados pelo ordenamento jurídico” (DI PIETRO, 2001, p. 66).

Entre os poderes administrativos encontram-se o poder vinculado e o poder discricionário, de modo que este último confere título ao presente tópico. A seguir, proceder-se-á à explanação acerca de ambos os poderes (vinculado e discricionário), com vistas a uma maior cognição sobre sua natureza e peculiaridades.

2.1 DO PODER VINCULADO

Antes de adentrar no mérito do poder discricionário, convém fazer breves considerações acerca do poder vinculado, que se opõe, parcialmente, ao primeiro, pelos pontos prospectivamente expostos.

O poder vinculado fica caracterizado a partir do momento em que a lei não deixa margem para que a Administração aja de maneira diversa daquela estabelecida pelo instrumento normativo. Di Pietro (2013, p. 220) leciona que “diante de um poder vinculado, o particular tem um direito subjetivo de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial”.

Mello (2007, p. 928), por sua vez, assim se manifesta sobre o tema:

Como é sabido, o liame que vincula a Administração à lei é mais estrito que o travado entre a lei e o comportamento dos particulares.

Com efeito, enquanto na atividade privada pode-se fazer tudo o que não é proibido, na atividade administrativa só se pode fazer o que é *permitido* [...]. Vale dizer, para a legitimidade de um ato administrativo é insuficiente o fato de não ser ofensivo à lei. Cumpre que seja praticado com embasamento em alguma norma permissiva que lhe sirva de supedâneo.

Sob esta ótica, a de que “na Administração Pública só se pode fazer aquilo que a lei permite”, podem-se visualizar com maior clareza e higidez os liames que norteiam a compreensão acerca do poder vinculado. Este se caracteriza por se submeter totalmente à lei, não dispondo de nenhuma possibilidade que permita uma atuação aquém ou além do estritamente previsto. O que ocorre é que, no poder vinculado, são limitados os caminhos ou meios que conduzem ao atingimento do objetivo pretendido pela lei:

[...] a aplicação da lei de forma vinculada indicaria apenas um caminho e uma solução possível para o caso concreto. Assim, presentes os requisitos previstos em lei, ao Estado haveria apenas um meio para aplicá-la. A aplicação da lei teria como forma o modelo subsuntivo, pelo qual, estabelecida a premissa maior, norma genérica, ou categórica, e identificado o caso concreto, haveria apenas uma conclusão possível (DIAS, 1994, p. 60).

No que toca ao controle a que estão submetidos os atos vinculados, Fernandes (2012, p. 103) entende que “os atos vinculados podem ser invalidados e convalidados, mas não podem ser revogados, porque os elementos do mérito – oportunidade e conveniência – não estão ao alcance do legislador”. Nesta senda, Di Pietro (2001, p. 67) ensina que:

[...] a atuação da Administração Pública no exercício da função administrativa é vinculada quando a lei estabelece uma única solução possível diante de determinada situação de fato; ela fixa todos os requisitos cuja existência a Administração deve apenas constatar, sem qualquer margem de apreciação subjetiva.

De importante monta é o posicionamento de Meirelles (2008, p. 89), pois:

As leis administrativas são, normalmente, de ordem pública e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo ou vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contêm verdadeiros poderes-deveres, irrelatáveis pelos agentes públicos. Por outras palavras, a natureza da função pública e a finalidade do Estado impedem que seus agentes deixem de exercer os poderes e de cumprir os deveres que a lei lhes impõe. Tais poderes, conferidos à Administração Pública para serem utilizados em benefício da coletividade, não podem ser renunciados ou descumpridos pelo administrador sem ofensa ao bem comum, que é o supremo e único objetivo de toda ação administrativa.

Portanto, não se furte o administrador da aplicação estrita das prescrições legais. Em se tratando de matéria submetida ao poder vinculado, não são cabíveis quaisquer juízos de valor ou de subjetividade oriundos da mente humana, representados pelo administrador ou outro agente administrativo a quem caiba a elaboração ou execução de determinado ato administrativo vinculado.

2.2 DO PODER DISCRICIONÁRIO

O poder discricionário, segundo Di Pietro (2001, p. 67), pode ser conceituado como “a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito”.

Ressalte-se que, a despeito da liberdade de atuação conferida ao administrador, este deve pautar-se dentro da esfera de permissivos legais. Caso contrário, restará caracterizada arbitrariedade no exercício do poder discricionário, o que destoará da finalidade pública, que é o fim máximo que o administrador deve buscar. Nesse sentido se posiciona Mello (2007, p. 416), para quem:

Em rigor, não há, realmente, ato algum que possa ser designado, com propriedade, como ato discricionário, pois nunca o administrador desfruta de liberdade total. O que há é exercício de juízo discricionário quanto à ocorrência ou não de certas situações que justificam ou não certos comportamentos e opções discricionárias quanto ao comportamento mais indicado para dar cumprimento ao interesse público in concreto, dentro dos limites em que a lei faculta a emissão deste juízo ou desta opção.

Aqui, Di Pietro (2001, p. 67) alerta para as diferenças existentes entre discricionariedade e arbitrariedade:

[...] o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações. Daí porque a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassar esses limites, sua decisão passa a ser arbitrária. A arbitrariedade coloca-se do outro lado da linha que demarca o limite da discricionariedade. Aquela é a liberdade de ação que ultrapassa os limites da lei; esta é a liberdade de ação exercida nos limites da lei.

Ainda que seja outorgada à Administração determinada margem de discricionariedade, a lei igualmente estabelece os limites desta outorga. O precitado doutrinador leciona que “não há como conceber nem como aprender racionalmente a noção de discricionariedade sem remissão lógica à existência de limites a ela, que defluem da lei e do sistema legal como um todo” (MELLO, 2007, p. 941). Não deve se dissociar discricionariedade de legalidade. Ambas coadunam-se para a consecução do interesse público. É a partir deste entendimento que, para França (2001, p. 110):

O espaço para o emprego do juízo de oportunidade pela administração pública somente é admitido se houver uma norma jurídica que lhe confira tal poder. Em face das imposições do princípio da legalidade administrativa, o dever-poder discricionário deve estar previsto em lei ou pela própria Constituição em vigor.

Todos os instrumentos de ação administrativa tributam sua existência ao ordenamento jurídico. Se este não o estabelecer, não há dever-poder discricionário.

Sobre as situações marcadas pela discricionariedade, Di Pietro (2013, p. 221) assinala que esta se apresenta:

- a) Quando a lei expressamente a confere à Administração, como ocorre no caso da norma que permite a remoção *ex officio* do funcionário, a critério da Administração, para atender à conveniência do serviço;
- b) Quando a lei é omissa, porque não lhe é possível prever todas as situações supervenientes ao momento de sua promulgação, hipótese em que a autoridade deverá decidir de acordo com princípios extraídos do ordenamento jurídico;
- c) Quando a lei prevê determinada competência, mas não estabelece a conduta a ser adotada; exemplos dessa hipótese encontram-se em matéria de poder de polícia, em que é impossível à lei traçar todas as condutas possíveis diante de lesão ou ameaça de lesão à vida, à segurança pública, à saúde.

A razão de ser do poder discricionário encontra sustentáculo na seguinte cognição doutrinária:

A atividade discricionária encontra plena justificativa na impossibilidade de o legislador catalogar na lei todos os atos que a prática administrativa exige. O ideal seria que a lei regulasse minuciosamente a ação administrativa, modelando cada um dos atos a serem praticados pelo administrador; mas, como isto não é possível, dadas a multiplicidade e diversidade dos fatos que pedem pronta solução ao Poder Público, o legislador somente regula a prática de alguns atos administrativos que reputa de maior relevância, deixando o cometimento dos demais ao prudente critério do administrador (MEIRELLES, 2008, p. 121-122).

Ocorre que, “existindo espaço para o administrador em optar por um comportamento adequado à resolução do problema posto, ou melhor, para fazer uma apreciação subjetiva do caso concreto, sustentado por critérios de conveniência e oportunidade, há discricionariedade” (FRANÇA, 2001, p. 110).

Não são todos os elementos do ato administrativo que são passíveis de juízo discricionário por parte do administrador. A competência, a forma e a finalidade devem ligar-se intimamente com o que determina a norma legal, sendo, desta feita, requisitos vinculados.

Com efeito, o administrador, mesmo para a prática de um ato discricionário, deverá ter competência legal para praticá-lo; deverá obedecer à forma legal para a sua realização; e deverá atender à finalidade legal de todo ato administrativo, que é o interesse público. O ato discricionário praticado por autoridade incompetente, ou realizado por forma diversa da prescrita em lei, ou informado de finalidade estranha ao interesse público, é ilegítimo e nulo. Em tal circunstância, deixaria de ser ato discricionário para ser ato arbitrário – ilegal, portanto (MEIRELLES, 2008, p. 121).

Fora desse rol, estão compreendidos o objeto e o motivo do ato, que podem submeter-se ao léu do administrador, no que atine à escolha dos critérios de oportunidade e

conveniência para sua execução. São os aludidos elementos (o objeto e o motivo) considerados o verdadeiro recanto de cultivo do poder discricionário. Para França (2001, p. 114):

Na dinâmica realidade na qual está inserida a administração pública, em se omitindo a lei, o juízo de oportunidade é imprescindível para garantir a proximidade entre a norma e o fato, a providência normativa e a demanda da coletividade, atribuindo-se ao administrador poder para selecionar os fatos enquadráveis na hipótese da lei e para formar a avaliação político-jurídica que servirá de embasamento para o ato administrativo.

Todavia, no que tange ao motivo, note-se que a discricionariedade que lhe encobre toca apenas às questões fáticas, de modo que, em relação aos aspectos legais do motivo, tem-se que este deverá sempre ser vinculado, traduzindo-se na necessidade de atendimento do interesse público. De igual modo, o objeto deve estar encoberto pelo manto da licitude e da possibilidade, alijando-se a hipótese de rejeição do ato, para que este produza efeitos jurídicos válidos.

3 DO PREGÃO

O pregão é modalidade licitatória instituída pela Lei Federal n. 10.520, de 17 de julho de 2002, e traz em seu bojo, premissas que visam dar maior eficiência às licitações realizadas pelo Poder Público. Consoante as normas estabelecidas pelo artigo 37 da Constituição Federal de 1988 e pela Lei Federal n. 8.666, de 21 de junho de 1993, serão examinadas as peculiaridades deste instituto, logrando-se um maior discernimento a respeito do universo das licitações públicas e suas implicações no mundo jurídico.

3.1 DOS ASPECTOS INERENTES ÀS LICITAÇÕES PÚBLICAS

O ordenamento jurídico brasileiro contempla, na Lei Federal n. 8.666, de 21 de junho de 1993, algumas modalidades licitatórias. Estas se encontram dispostas no art. 22 da precitada Lei, e são as seguintes: I – concorrência; II – tomada de preços; III – convite; IV – concurso; V – leilão. Independentemente da modalidade, existem alguns elementos que são constantes e comuns a qualquer procedimento licitatório.

A finalidade precípua da licitação é a satisfação do interesse público, a partir do atendimento dos preceitos estabelecidos pelo art. 3º, *caput*, do Estatuto das Licitações:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Os princípios acima fixados são inerentes a todas as modalidades arroladas pelo aludido art. 22 da Lei Federal n. 8.666/1993 e, também, ao pregão, modalidade festejada pela Lei Federal n. 10.520, de 17 de julho de 2002, cujas peculiaridades serão estudadas adiante.

Por ora, é oportuno que se passe à análise dos princípios que regem as licitações públicas, a título de introito para a abordagem do pregão e sua relação com os fins concebidos pela Administração Pública.

3.2 DOS PRINCÍPIOS

A Constituição Federal, em seu art. 37, *caput*, traz os princípios que norteiam as atividades desenvolvidas pela Administração Pública:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...].

O art. 3º, *caput*, da Lei Federal n. 8.666/1993, como dito anteriormente, contém, em seu bojo, as peculiaridades que correspondem às licitações públicas. Segundo o referido dispositivo, quando da realização do procedimento licitatório, reforça-se a necessidade de observância dos seguintes princípios:

Art. 3º: A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Doravante, analisar-se-ão os princípios acima dispostos, que se aplicam às licitações públicas, inclusive ao pregão. Ressalte-se que é totalmente incoerente dissociar a lei dos princípios, visto que estes atuam como verdadeiras linhas mestras que possibilitam a interpretação e aplicação das normas conforme os parâmetros legais e morais, notadamente abstratos, que guiam a sociedade, apesar de seu alto grau de abstratividade.

3.2.1 Do princípio da igualdade (ou isonomia)

Este princípio traduz a necessidade de igualdade entre os licitantes, o que obsta qualquer tipo de direcionamento do procedimento licitatório. Meirelles (2008, p. 277) entende que “o desatendimento a esse princípio constitui a forma mais insidiosa de desvio de poder, com que a Administração quebra a isonomia entre os licitantes”.

O princípio da igualdade encontra-se prenunciado no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, e o seu conteúdo, qual seja, o de que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, é igualmente aplicável às licitações, com as disposições contidas no art. 37, XXI, da Carta Constitucional e, ainda, na Lei Federal n. 8.666/1993.

No art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, é possível abstrair o seguinte:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes [...].

De se notar que a Constituição Federal veda a concessão de tratamentos diferenciados entre os licitantes, que concorrem em igualdade de condições. Da Lei Federal n. 8.666/1993 é possível depreender que o princípio da igualdade ou isonomia é considerado sob dois aspectos: de um lado, figura como um dos objetivos da licitação; de outro, como um princípio. Di Pietro (2013, p. 375) ensina que estar-se-á diante de um dos alicerces da licitação, “na medida em que este visa, não apenas permitir à Administração a escolha da melhor proposta, como também assegurar igualdade de direitos a todos os interessados em contratar”. Niebuhr (2004, p. 38), por sua vez, entende ser este o mais importante princípio para a licitação pública, visto que:

Como todos os interessados em colher tais benefícios econômicos devem ser tratados com igualdade, por força do *caput* do art. 5º da Constituição Federal, impõe-se à Administração seguir certas formalidades para escolher com quem contratar, quem será o beneficiário. [...] a licitação pública é procedimento utilizado para que a Administração selecione com quem futuramente irá celebrar contrato, de maneira respeitosa ao princípio da igualdade, sem privilegiar apadrinhados ou desfavorecer desafetos.

Entendimento contíguo é o firmado por Mello (2007, p. 514):

O princípio da *igualdade* implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também o de ensejar oportunidade de disputa-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia.

Por derradeiro, é oportuno registrar que, conforme Fernandes (2013, p. 51), “a isonomia não é uma garantia de igualdade absoluta, mas apenas se estabelece em função de determinado objeto ou sujeito de uma dada relação jurídica”, e ainda apresenta exemplos práticos que respaldam seu pensamento:

- a) ofende o princípio da isonomia exigir-se que o licitante ou contratado apresente documento, certidão ou atestado que não se mostre diretamente relacionado com a sua capacidade de fornecimento, aí abrangidos os aspectos da capacidade jurídica e da qualificação técnica, econômica e financeira, inserindo-se, na primeira, a regularidade fiscal;
- b) ofende o princípio da isonomia restringir a competição, estabelecendo objeto com indicação de qualidade ou características exclusivas, quando essas não forem indispensáveis à satisfação do interesse público (FERNANDES, 2012, p. 51).

De qualquer modo, é com fulcro no princípio da igualdade que devem ser excluídos eventuais fatos e comportamentos caracterizados por disparidades sem respaldo na órbita jurídico-administrativa, que comprometem a higidez do procedimento licitatório.

3.2.2 Do princípio da legalidade

O art. 5º, II, da Constituição Federal evidencia verdadeiro supedâneo do princípio da legalidade. Segundo a Carta Magna, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Tal se aplica às relações constituídas entre as pessoas privadas. Na seara da Administração Pública, entretanto, o adágio que melhor traduz este princípio é o de que “o agente público só pode fazer aquilo que a lei permite”.

Sob esta premissa, consoante lição de Niebuhr (2004, p. 42), tem-se que:

[...] os agentes administrativos não atuam com liberdade, para atingir os fins que reputam convenientes. Ao contrário, eles estão vinculados ao cumprimento do interesse público, uma vez que atuam nos estritos termos da competência que lhes foi atribuída por lei.

A partir da ótica das licitações públicas, é imperioso consignar que este procedimento se vincula diretamente à lei, além da própria Constituição Federal, que estabelece, em seu art. 37, XXI, que:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Em matéria de lei ordinária, foi editada a Lei Federal n. 8.666/1993, que é tida como o meio pelo qual são rigorosamente disciplinadas as matérias atinentes às licitações. Nela, é possível vislumbrar o procedimento para o trâmite licitatório, as formas de controle interno e externo, bem como os crimes e infrações administrativas decorrentes da inobservância das prescrições da referida Lei, conforme destaca Di Pietro (2013, p. 381).

Meirelles (2008, p. 89-90) acrescenta, no entanto, que a legalidade deve se aglutinar com a moralidade e a finalidade administrativas para atingir os fins a que se propõe:

Cumprir simplesmente a lei na frieza de seu texto não é o mesmo que atendê-la na sua letra e no seu espírito. A Administração, por isso, deve ser orientada pelos princípios do Direito e da Moral, para que ao legal se ajunte o honesto e o conveniente aos interesses sociais.

Sobre o assunto, Fernandes (2013, p. 53) se posiciona de uma forma bastante rigorosa, pois encara a legalidade como uma garantia de proteção, e, ao mesmo tempo, um dever:

Proteção frente aos interesses menores que, por vezes, certos setores tentam impingir; proteção também, frente aos órgãos de controle interno e externo, pois o afastamento da norma implica sempre um julgamento discricionário-valorativo das circunstâncias envolvidas. Dever, porque a vontade do administrador não pode colocar-se acima da vontade do povo, cristalizada na norma. Antes disso, é escravo e curador da lei.

Ademais, é o princípio da legalidade que regula todas as relações que se configuram no mundo jurídico, tanto nas relações privadas e, sobremaneira, na seara pública. O administrador não pode se escusar de cumprir as determinações legais sob nenhum pretexto, sob pena de o ato ser considerado nulo por carência de legalidade, a partir de sua submissão ao controle administrativo e, também, judicial.

3.2.3 Do princípio da impessoalidade

Segundo entendimento de Meirelles (2008, p. 93), “o princípio da impessoalidade nada mais é do que o clássico princípio da *finalidade*, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu *fim* legal”. Esta finalidade que ora se apresenta se relaciona diretamente com o princípio da supremacia do interesse público, supedâneo para a consecução de qualquer ato administrativo.

Salvo determinadas situações que compatibilizam os interesses públicos e particulares, a exemplo da celebração de atos administrativos negociais, é vedado ao administrador realizar atos que venham a suprir seu próprio interesse ou mesmo de terceiros (MEIRELLES, 2008, p. 93). Repise-se que, caso o ato seja realizado sem o manto da impessoalidade, poderá restar configurado o desvio de finalidade, que culminará com a incidência da Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal e, também, com eventuais penalidades decorrentes da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, que versa sobre as sanções aplicáveis no caso de improbidade administrativa.

De outro giro, o referido princípio também deve ser considerado a partir do §1º do art. 37 da Constituição Federal, afastando-se qualquer forma de promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos, tendo em vista a objetividade administrativa.

3.2.4 Do princípio da moralidade

Apesar de se tratar de um conceito bastante abstrato, a palavra “moralidade” engloba aspectos que se relacionam, sobretudo, com probidade, ética, honestidade, decoro e boa-fé. Meirelles (2008, p. 90) ensina que “por considerações de Direito e de Moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto”.

O mencionado doutrinador ainda afirma que:

[...] a moralidade do ato administrativo juntamente com a sua legalidade e finalidade, além da sua adequação aos demais princípios, constituem pressupostos de validade sem os quais toda atividade pública será ilegítima. (MEIRELLES, 2008, p. 91)

Nesse tocante, a moralidade administrativa está intimamente atrelada à validade e legitimidade da conduta do administrador público (STF, 2002). Apesar disso, estar-se-á diante de conceito de valor, que, dada a sua imprecisão, acaba por constituir óbice à sua utilização na fundamentação de decisão que invalide ato administrativo (DI PIETRO, 2013, p. 886).

Todavia, não se pode obliterar que a moralidade está expressamente prevista na Constituição Federal, por constar do *caput* de seu art. 37, que elenca os princípios que regem a atuação da Administração Pública. Para Niebuhr (2004, p. 43), tal princípio assume os seguintes contornos:

A moralidade posta no meio administrativo quer agregar força ao princípio da legalidade, evitando que agentes administrativos deturpem as competências que lhes forem atribuídas por lei para a prática de atos incompatíveis com os valores que a sociedade considera acertados. Sobremaneira, para o Direito Administrativo, a moralidade significa harmonia com o interesse público, vetor máximo de todos os princípios e regras que o informam, revelando-se intimamente ligada à legitimidade.

Isto posto, não há que ser permitida sua inobservância pela simples alegação de que o conceito proposto para a caracterização da moralidade é vago, sem raízes objetivamente consideradas. Notadamente, tal concepção é produto do positivismo, que impossibilita a ampliação do conteúdo axiológico jurídico.

3.2.5 Do princípio da publicidade

A publicidade constitui elemento que confere eficácia e, ainda, moralidade, ao ato administrativo, porque se vincula estreitamente à transparência, princípio este que se prostra como um dever da Administração para com o cidadão. É a partir da publicação de determinado ato, pela Administração Pública, que este adquire validade perante o mundo exterior.

O art. 3º, §3º, da Lei Federal n. 8.666/1993, dispõe sobre os liames da publicidade nas licitações, *ipsis litteris*: “A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura”. Outrossim, o art. 4º do referido diploma legal, determina que os participantes da licitação têm direito público subjetivo quanto ao acesso aos atos do respectivo procedimento.

Meirelles (2008, p. 97) diz que:

A publicidade, como princípio de administração pública (CF, art. 37, *caput*), abrange toda a atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos como, também, de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes. Essa publicidade atinge, assim, os atos concluídos e em formação, os processos em andamento, os pareceres dos órgãos técnicos e jurídicos, os despachos intermediários e finais, as atas de julgamentos das licitações e contratos com quaisquer interessados, bem como os comprovantes de despesas e as prestações de contas submetidas aos órgãos competentes.

Em relação à aplicação do princípio da publicidade às licitações, Niebuhr (2004, p. 44) leciona que:

Ora, se não há publicidade, se a licitação é destinada a grupo restrito de pessoas, não se poder chamá-la de pública. Aliás, se alguns têm condições de saber da licitação e outros não, não há igualdade, que é a causa da licitação. Deste modo, sem publicidade, não há utilidade em realizar licitação.

É a publicidade que confere validade ao procedimento, sem a qual a licitação restará carente e desprovida dos elementos que a tornam legítima perante os administrados. É um princípio que busca, primordialmente, levar ao conhecimento da sociedade os atos que compõem a atividade administrativa desempenhada pelo Poder Público, a partir da verificação dos elementos de Direito e Justiça.

3.2.6 Do princípio da eficiência

O princípio em comento está previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal. Juntamente com a legalidade, a impessoalidade, a moralidade e a publicidade, a eficiência é um dos princípios norteadores da atividade administrativa pública.

Consoante Meirelles (2008, p. 98), “o princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional”. O precitado princípio foi acrescentado no sistema jurídico constitucional a partir da edição da Emenda Constitucional n. 45/2004, que incluiu, no art. 5º, inciso LXXVIII, da Carta Política, dispositivo que assegura “a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. O autor supracitado diz que se trata do “mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros” (MEIRELLES, 2008, p. 98).

Sob a mesma ótica se manifesta Niebuhr (2004, p. 39), que alerta para o seguinte:

Ainda, relativamente ao princípio da eficiência, é de bom alvitre advertir que ele não serve de justificativa para a desobediência à legalidade e aos demais princípios da licitação pública, entre os quais, merece menção especial, o da igualdade. Deve-se lograr eficiência em consonância aos demais princípios, sem que um exclua o outro.

É relevante salientar que, embora o princípio da eficiência seja provido de inquestionável importância na sistemática jurídico-constitucional, este não deve ser interpretado de maneira isolada, pois, com tal manobra, estará operando-se o efeito inverso do que o princípio propõe, vulnerando, assim, o ordenamento no qual se encontra inserido.

3.2.7 Do princípio da vinculação ao instrumento convocatório

O art. 41 da Lei Federal n. 8.666/1993 determina que “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada. É o edital considerado o instrumento que “faz lei entre as partes envolvidas”. Trata-se de verdadeira garantia firmada entre a Administração e os administrados, de tal modo que, em caso de descumprimento, o procedimento restará maculado por vício de nulidade que implicará na sua apreciação pela via administrativa ou judicial.

É válido o entendimento de Di Pietro (2013, p. 383):

Quando a Administração estabelece, no edital ou na carta-convite, as condições para participar da licitação e as cláusulas essenciais do futuro contrato, os interessados apresentarão suas propostas com base nesses elementos; ora, se for aceita proposta ou celebrado contrato com desrespeito às condições previamente estabelecidas, burlados estarão os princípios da licitação, em especial o da igualdade entre os licitantes, pois aquele que se prendeu aos termos do edital poderá ser prejudicado pela melhor proposta apresentada por outro licitante que os desrespeitou.

Nessa vertente, devem ser aliçados quaisquer comportamentos que não estejam expressamente previstos no instrumento convocatório, seja por parte dos interessados, seja por parte da Administração. Eis a compreensão de Niebuhr (2004, p. 42-43) sobre o tema:

No edital, a Administração Pública deverá consignar o que pretende contratar, ou seja, qual o objeto do contrato e, por dedução, da licitação pública, com todas as suas especificidades (artigo 40 da Lei n. 8.666/1993). Os licitantes, ao analisarem o edital, devem ter condições de precisarem tudo o que serão obrigados a fazer, caso saiam vencedores do certame. E, por outro lado, a Administração Pública só pode exigir aquilo que efetivamente estiver no edital, salvo se alterar o contrato, dentro das balizas legais, restabelecendo o equilíbrio econômico-financeiro. Demais disso, o instrumento convocatório deve indicar os instrumentos a serem apresentados pelos licitantes para que eles sejam habilitados no certame. E, ainda, em linha geral, deve enunciar os critérios objetivos a serem levados em conta para cotejar as propostas.

Assim, no proceder do trâmite licitatório, é imprescindível que sejam observados todas as prescrições contidas no edital, de modo que este é o instrumento que determina os direitos e obrigações tanto da Administração quanto do particular interessado em participar de eventual certame deflagrado por aquela.

3.2.8 Do princípio do julgamento objetivo

Quanto ao princípio do julgamento objetivo, é o art. 45 da Lei de Licitações que impõe as seguintes prescrições:

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

Para Mello (2007, p. 516), “o princípio do julgamento objetivo almeja, como é evidente, impedir que a licitação seja decidida sob o influxo do subjetivismo, de sentimentos, impressões ou propósitos pessoais dos membros da comissão julgadora”.

Di Pietro (2013, p. 384), por sua vez, assevera que se trata de um princípio que decorre diretamente do princípio da legalidade, devendo, portanto, o julgamento se dar de acordo com os liames estabelecidos no edital.

Note-se, entretanto, que o princípio em comento não se aplica a todos os tipos de licitação, sendo cabível, apenas, nas de menor preço, melhor técnica, técnica e preço e de maior lance ou oferta.

De outro giro, estar-se-á diante de um princípio que se liga a vários outros fundamentos que servem de sustentáculo à condução da licitação, dentre os quais os princípios da vinculação ao instrumento convocatório, da impessoalidade e da isonomia. Sundfeld (1995, p. 21) propugna que, “o julgamento objetivo, obrigando a que a decisão seja feita a partir de pautas firmes e concretas, é princípio voltado à interdição do subjetivismo e do personalismo, que põem a perder o caráter igualitário do certame”.

Mais uma vez, Fernandes (2013, p. 59), utilizando-se de critérios práticos para lecionar sobre a matéria ora tratada, coloca em pauta o fato de que:

Mesmo nas licitações do tipo *técnica e preço* e, inclusive, *melhor técnica*, se o edital tiver sido elaborado segundo os ditames legais, o licitante, num exercício de auto avaliação da proposta, poderá aferir com bastante aproximação a nota da proposta técnica que ser-lhe-á atribuída. A surpresa do julgamento evidencia a aleatoriedade, a discricionariedade e a desconformidade com o julgamento objetivo e não pode ser tolerada na ordem jurídica. [...] a única surpresa que o licitante, num procedimento correto pode ter, é a proposta dos demais licitantes: a *única*. (grifos do autor)

A título de arremate, tem-se que o princípio do julgamento objetivo é elemento que visa garantir, primordialmente, a lisura do certame por meio da contemplação de critérios de objetividade, afastando-se quaisquer atos atentatórios ao seu caráter impessoal e, também, os que possam ter índole dotada de distinções pessoais do agente ou autoridade administrativa responsável pelo ato.

3.2.9 Do princípio da adjudicação compulsória

O princípio em análise consubstancia-se na obrigatoriedade de a Administração atribuir o objeto da licitação ao vencedor do certame, sendo-lhe vedado entregá-lo a outrem.

Para Meirelles (2008, p. 278), “a adjudicação ao vencedor é obrigatória, salvo se este desistir expressamente do contrato ou não o firmar no prazo prefixado, a menos que comprove justo motivo”.

Hão de ser feitas duas ressalvas quanto à compulsoriedade da adjudicação ora mencionada. A uma, a adjudicação está atrelada, unicamente, ao direito do vencedor, não vinculando a Administração quanto à realização de contrato imediato. A duas, quando houver revogação motivada do procedimento, o direito subjetivo à adjudicação restará igualmente prejudicado. Tal ocorre porque “a Administração pode, licitamente, revogar ou anular o procedimento ou, ainda, adiar o contrato, quando ocorram motivos para essas condutas” (DI PIETRO, 2013, p. 385).

3.3 DA LEI FEDERAL N. 8.666/1993

A Administração Pública, seja no âmbito federal, estadual ou municipal, carece de meios que propiciem o atingimento dos fins aos quais se destina, sob o primado do interesse público. Sabe-se que, a aquisição de bens e a contratação de serviços pelo Poder Público devem ser efetuadas por meio de licitação pública, instituto que se encontra previsto na Lei Federal n. 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, XXI, da Constituição Federal, instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública.

O art. 2º desta Lei dispõe que “as obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação [...]”.

A Constituição Federal, em seu art. 37, XXI, ao tratar do tema referente às licitações, determina que:

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei [...].

No que toca à caracterização dos contratos firmados pela Administração Pública, insta citar o teor do parágrafo único do art. 2º do Estatuto das Licitações:

Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontade para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

As modalidades previstas para tanto são, conforme o art. 22 da Lei Federal n. 8.666/1993: I – concorrência; II – tomada de preços; III – convite; IV – concurso e; V – leilão. Para além destas, o ordenamento jurídico vigente prevê, ainda, a possibilidade de

realização de licitação por meio de pregão, seja na forma presencial ou eletrônica, cuja regulamentação coube à Lei Federal n. 10.520/2002. Hodiernamente, esta última modalidade tem ganhado relevo, pois, sob a ótica administrativista moderna, é considerado um mecanismo que propicia, de forma mais incisiva, o atingimento dos princípios e dos fins delineados pela Lei, em matéria de licitações públicas.

3.4 DA LEI FEDERAL N. 10.520/2002

Foi editada, no âmbito federal, a Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002, cujo conteúdo institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, a modalidade licitatória denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. Consoante estudo desenvolvido por Kalil (2011, p. 1), a origem do pregão remonta à sua instituição, no ordenamento jurídico pátrio, “pela Medida Provisória n. 2.026, de 4 de maio de 2000, que teve sucessivas reedições”, culminando na Lei acima referida.

O pregão é instrumento de que se utiliza a Administração Pública quando da realização de licitação cujo objeto possa ser definido de maneira categórica, no que tange aos seus padrões de desempenho e qualidade, por meio de especificações usuais no mercado. É o que estabelece o art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 10.520/2002.

O conceito do que vem a ser um bem ou serviços “comum” atrela-se, intimamente, ao aspecto procedimental que confere peculiaridade ao pregão, qual seja, o seu caráter célere, rápido, simples, em relação a outras modalidades licitatórias. Niebuhr (2004, p. 53) contempla o entendimento, que é aqui esposado, de que:

[...] a modalidade pregão pretende introduzir procedimento célere, que possa ser ultimado numa única sessão, em que os licitantes reduzem seus preços oralmente e que os requisitos de habilitação são mais simples ou menos burocratizados do que os da Lei n. 8.666/93. Isto é, o objeto da modalidade pregão deve ser comum, deve ser simples, porquanto o procedimento previsto para a modalidade também o é. Parte-se do pressuposto de que, como o procedimento do pregão é simples, o objeto dele também deve sê-lo. Daí a restrição de que o pregão seja utilizado somente para bens e serviços comuns.

Deveras, o pregão foi introduzido na esfera jurídico-administrativa brasileira com o intuito de conferir maior eficiência aos procedimentos negociais celebrados pelo governo, nas suas relações com particulares regidas sob a ótica do interesse público.

Essa distinção atribuída ao pregão deve-se ao concurso de três fatores: a) o objeto do pregão deve ser enquadrado na categoria de “bens ou serviços comuns”, consoante o art. 1º, da Lei n. 10.520/2002; b) o trâmite do pregão deve ocorrer de maneira inversa em relação às demais modalidades licitatórias, ou seja, primeiro devem ser julgadas as propostas, e depois serão verificados os requisitos de habilitação do licitante; c) quando da fase de julgamento, procede-se primeiro à abertura das propostas escritas e, posteriormente, aos ofertantes das menores propostas é oportunizado o oferecimento de novas propostas, que determinarão o vencedor do certame, a partir da obtenção do menor preço. É um verdadeiro leilão às avessas.

Em relação à forma como é realizado, o pregão divide-se em presencial e eletrônico. O primeiro é caracterizado por se tratar de um procedimento licitatório em que, assim como nas modalidades tradicionais, tais como a concorrência, a tomada de preços e o convite, os interessados devem estar todos presentes, fisicamente. O último, por sua vez, se utiliza dos mecanismos oferecidos pela tecnologia da informação, geralmente por meio da *internet*, para o seu regular processamento. Não exige que os licitantes se façam presentes na sessão, de modo que estes podem remeter suas propostas por via eletrônica, sem necessidade de comparecerem fisicamente ao recinto em que ocorre o manejo das propostas e demais fases do pregão.

Niebuhr (2004, p. 22) acredita que, “num futuro bem próximo, quase a totalidade das licitações será processada através da *internet*, cujas vantagens são notórias, especialmente em relação à ampliação da competitividade”. De outro giro, podem ocorrer, nos mesmos moldes, algumas fraudes, quando da realização do pregão eletrônico, a título do que prevê Fernandes (2013, p. 345):

- a) Possibilidade de um mesmo licitante participar com mais de um computador;
- b) Uso de “robô lançador”, capaz de fazer vários lances superando, desse modo, os licitantes que utilizam apenas a agilidade humana;
- c) Uso da *intranet* do órgão, enquanto os demais licitantes utilizam a *internet*;
- d) Combinação de lances identificados entre licitantes cartelizados, pelo prévio acerto das finais dos valores da cotação, fazendo com que o cartel identifique a existência ou inexistência de licitantes não participantes do cartel.

Feitas tais considerações, tem-se que o pregão, tanto em sua forma presencial quanto eletrônica, constitui um mecanismo de que se utiliza a Administração Pública para a melhor gerência dos recursos de que dispõe, obedecidos os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, e outros que lhes são correlatos, tendo em vista a otimização dos procedimentos licitatórios realizados pelo Poder Público.

3.5 DO DECRETO N. 5.450/2005 E DA SÚMULA N. 6/TCE-RO

O Decreto n. 5.450, de 31 de maio de 2005, é instrumento normativo editado no âmbito da União, para regulamentar o pregão em sua forma eletrônica, tendo em vista a aquisição de bens e serviços comuns. Deve ser aplicado a todos os procedimentos licitatórios que comportem tal modalidade, quando realizados pelos órgãos da administração pública federal direta, e, ainda, por fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, de acordo com as disposições do art. 1º, parágrafo único, do precitado Decreto.

O dispositivo presente no corpo do Decreto n. 5.450/2005 que melhor explicita a questão atinente à utilização do pregão eletrônico, consiste no artigo 4º daquele, no qual:

Art. 4º Nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização de sua forma eletrônica.

§ 1º O pregão deve ser utilizado na forma eletrônica, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente.

Seguindo a matéria constante do Decreto retro explicitado, o Tribunal de Contas do Estado de Rondônia editou, com base nas atribuições que lhe confere a Resolução Administrativa n. 005/TCER-96, a Súmula n. 6/TCE-RO, cujo enunciado possui o seguinte teor:

Para a contratação de bens e serviços comuns deve ser utilizada, preferencialmente, a modalidade pregão na forma eletrônica. A utilização de modalidade e forma diversas, por se tratar de via excepcional, deve ser precedida de robusta justificativa que demonstre que ensejará resultado economicamente mais vantajoso que a modalidade pregão na forma eletrônica (RONDÔNIA, 2014).

Consoante o art. 15, inciso VII, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, é da competência do Plenário, dirigido pelo Presidente do Tribunal, “aprovar os enunciados da Súmula da Jurisprudência do Tribunal”. O Tribunal de Contas do Estado de Rondônia segue estes mesmos liames, que podem ser retirados do art. 121, inciso VII, da Resolução Administrativa n. 005/TCE-RO-1996 (Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia).

A aludida súmula foi elaborada com vistas à uniformização das decisões atinentes à análise da regularidade dos procedimentos licitatórios empreendidos pelos municípios submetidos à jurisdição da Corte de Contas deste Estado, atribuindo-se maior transparência

aos certames e, de modo que, a partir da publicidade dos atos e do trâmite licitatório, e, igualmente, consoante uma atuação coerente, o controle externo desenvolva seu mister com maior eficácia e eficiência, evitando-se prejuízos ao Erário.

4 O PODER NORMATIVO DO TRIBUNAL DE CONTAS E A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA QUANTO À UTILIZAÇÃO DO PREGÃO ELETRÔNICO NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

Como mencionado anteriormente, o Tribunal de Contas do Estado de Rondônia editou da Súmula n. 6/TCE-RO, cujo objeto é matéria referente ao uso do pregão eletrônico, em vez do pregão presencial, pelos órgãos da administração pública estadual e municipal deste Estado, quando da realização de licitações públicas que comportem tal modalidade. Questiona-se, todavia, se a referida súmula atende os requisitos impreteríveis à sua juridicidade, produzindo os efeitos almejados.

Doravante, passa-se à análise dos aspectos materiais e formais do precitado instrumento sumular, tendo como parâmetro analítico o Decreto n. 5.450, de 31 de maio de 2005, e, de forma análoga, outras disposições legais que conduzam ao esclarecimento desta obscuridade. Tal verificação é imperiosa, estabelecendo-se um paralelo entre as competências conferidas às Cortes de Contas, tendo como parâmetro o arcabouço constitucional, e os demais elementos normativos que compõem o ordenamento jurídico pátrio.

4.1 A SÚMULA N. 6/TCE-RO ENQUANTO INSTRUMENTO DE UNIFORMIZAÇÃO DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA

No desempenho de suas atribuições, o Tribunal de Contas utiliza uma série de mecanismos que visam o atingimento de seu desiderato, qual seja, a materialização dos fins delineados no art. 71 da Constituição Federal. Dentre os instrumentos manejados situam-se, inclusive, as súmulas, editadas no âmbito do próprio Tribunal de Contas.

O poder para elaboração de normativa sumular encontra respaldo nos regimentos internos destes órgãos, conforme se depreende do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União - Resolução TCU n. 246, de 30 e novembro de 2011, e, igualmente, no Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia – Resolução Administrativa n. 005/TCER-96, sobre o qual recai o presente estudo. Nesse tocante, aplica-se o princípio da simetria, que, em decorrência do modelo do Estado federativo, permite aos entes pautarem sua atuação de forma paritária em relação aos outros entes, nos limites de suas respectivas competências, fixadas na Constituição Federal, em caráter *mutatis mutandis*, procedendo-se às adequações pertinentes.

Pois bem. O Decreto n. 5.450/2005 regula, a teor do que foi exposto no tópico 3.6, o pregão em sua forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, nas licitações realizadas pela União. A Súmula n. 06/TCE-RO, do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, comporta matéria análoga, determinando que, “para a contratação de bens e serviços comuns deve ser utilizada, preferencialmente, a modalidade pregão na forma eletrônica [...]” (RONDÔNIA, 2014). Acontece que o pregão eletrônico é tido como o meio de obtenção de resultado mais vantajoso para a Administração Pública, que, após realizar procedimento licitatório, celebrará contratos com terceiros para o suprimento de suas necessidades e, mormente, para a satisfação do interesse público.

No caso da norma em apreço (Decreto n. 5.450/2005), tem-se que o este é o ato pelo qual são regulamentadas leis e outros atos emanados da Administração Pública, em caso legislação acerca de determinada matéria que contenha normas gerais e que careçam de regulamentação perante o respectivo ente federado. *In casu*, o aludido decreto rege, dentro de suas especificidades, o conteúdo tratado na Lei n. 10.520/2002, que tem como o objeto a modalidade pregão e seu emprego nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns pela administração federal.

Face à ausência de instrumento regulamentador de tal matéria na esfera do Estado de Rondônia, é que se editou a Súmula n. 6/TCE-RO, com o escopo de orientar os administradores da *res publica* quando da tomada de decisões tangentes à realização de licitações. O instituto retro mencionado é produto de reiteradas decisões da Corte de Contas estadual, consolidado sobre o entendimento de que o pregão eletrônico é a modalidade que melhor se adequa às exigências provenientes da Administração Pública e que, sob a ótica dos princípios da publicidade e da eficiência, proporciona uma melhor condução do trâmite licitatório, por ser mais célere e por ampliar a competitividade entre os interessados. A prerrogativa para a elaboração de súmula pelo Tribunal de Contas do Estado de Rondônia encontra respaldo, como dito alhures, na Resolução Administrativa n. 005/TCER-96.

Note-se, entretanto, que a Súmula n. 6/TCE-RO não detém de normatividade para determinar quaisquer condutas ao administrador. Aquela visa, tão somente, **uniformizar** as decisões do Tribunal, que comporta diversas interpretações num mesmo sentido. Na realidade, a súmula surge como uma forma de contemplar os princípios da segurança jurídica e da isonomia, face à reiteração de entendimentos similares, ou até mesmo, idênticos. Barroso (2001, p. 239) afirma que:

O Tribunal de Contas não tem competência constitucional para exercer o poder regulamentar, que é privativo do Executivo. A lei que se refere ao exercício de tal competência deve ser interpretada conforme a Constituição, com o sentido de que o órgão de contas desfruta de competências normativas inferiores, e não do poder de editar regras gerais e abstratas. Não tem o Tribunal competência para editar regulamentos de execução, regulamentos autônomos, nem muito menos para invadir a esfera de reserva legal, com o fim de impor obrigações, estabelecer requisitos ou ditar vedações que não tenham apoio na lei.

No mesmo liame, não se pode olvidar que a natureza do enunciado sumular tem caráter dispositivo. Não se está diante de uma norma cogente, e, tampouco, vinculante, que prevê medida sancionatória para o caso de eventual infringência ao seu texto.

Os requisitos necessários à elaboração não têm o condão de conferir à súmula índole cogente, pois, a teor do artigo 85 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, e do artigo 276 do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, dotado de idêntico conteúdo, “a Súmula da Jurisprudência constituir-se-á de princípios ou enunciados, resumindo teses, soluções e precedentes, adotados reiteradamente pelo Tribunal, ao deliberar sobre assuntos ou matérias de sua jurisdição e competência”, restando inafastável o caráter uniformizador das súmulas elaboradas pelo Tribunal de Contas.

Tem-se, portanto, que a súmula não dispõe de um poder regulatório, mas é considerada um instrumento orientador, que busca auxiliar o administrador em caso de obscuridade ou confusão quanto à aplicação de determinada lei ou outro ato normativo a uma situação, obtemperando-se, todavia, para que não haja interferência do Tribunal de Contas no âmbito da discricionariedade da Administração Pública, conforme se verificará no tópico subsequente.

4.2 A SÚMULA N. 6/TCE-RO E A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

A partir da esfera de competências inerentes ao Tribunal de Contas, enquanto órgão auxiliar do controle externo desempenhado pelo Poder Legislativo (Congresso Nacional, no âmbito da União, e Assembleia Legislativa, nos estados), levanta-se um ponto que traz à tona os limites dos poderes conferidos às Cortes de Contas face à discricionariedade administrativa atribuída ao administrador público.

É possível realizar um confronto entre o exercício das competências atribuídas ao Tribunal de Contas, pela Constituição Federal, e as prerrogativas conferidas ao administrador, decorrentes da lei. Não se pretende, todavia, estabelecer uma relação de subordinação deste em detrimento daquele, pois o que importa, na realidade, é lançar mão de uma análise

sistemática de todo o ordenamento, de modo a possibilitar uma maior compreensão acerca das peculiaridades de cada um dos aludidos institutos.

Conforme abordagem retro (tópico 2.2), no uso do poder discricionário, o administrador detém da faculdade de escolher, dentre os critérios de conveniência e oportunidade e, a partir dos parâmetros legais logicamente impostos, a alternativa que melhor atenda à demanda social.

Voltando os olhares à temática da preferência pelo pregão eletrônico em vez do pregão presencial, a escolha por um ou por outro recai completamente sobre a seara de discricionariedade do gestor. No entanto, o Decreto n. 5.450/2005, juntamente com a Súmula n. 6/TCE-RO, e demais atos normativos cabíveis, impõem (ou recomendam, como é o caso da súmula) que seja utilizado, preferencialmente, o pregão eletrônico, por constituir a modalidade que contempla de forma mais incisiva os princípios festejados pelo art. 37 da Constituição Federal e outros que lhes são correlatos.

De fato, a tendência que tem se verificado chancela esta vertente, pois o próprio Decreto n. 5.450/2005, art. 5º, parágrafo único, prescreve que o pregão eletrônico se revela como o meio de maior idoneidade no que toca à ampliação da disputa entre os interessados, observados o “interesse da administração, o princípio da isonomia, a finalidade e segurança da contratação”.

Apesar de ser essa a cognição majoritária da jurisprudência administrativista, há situações em que o pregão eletrônico não se mostrará como a via mais idônea para a realização do certame licitatório, podendo, para tanto, ser eleito o pregão na forma presencial.

A título de exemplo, é plausível mencionar as licitações cujo objeto é a aquisição de combustíveis para atender à demanda da Administração de determinada municipalidade. Ora, nesses casos, se for utilizado o pregão eletrônico, e considerando que uma empresa com estabelecimento em outro município seja a vencedora do procedimento, decerto o deslocamento empreendido pela Administração para o abastecimento de sua frota representará um fator de oneração do objeto licitado. Tal fato vai de encontro ao princípio da eficiência e da proposta mais vantajosa para a administração, a teor do art. 37, *caput*, da Constituição Federal e art. 3º, *caput*, da Lei n. 8.666/1993, respectivamente.

Todavia, segue excerto de decisão que reflete o entendimento predominante no Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, no que diz respeito à utilização do pregão eletrônico:

Segundo o firmado pelo Tribunal de Contas da União, a opção pelo pregão presencial somente é admissível quando o órgão promotor da licitação não dispuser

de estrutura eletrônica compatível com a outra modalidade ou quando as limitações de recursos de tecnologia da informação no mercado local não permitir a competitividade.

Nem mesmo situações adversas como a necessidade de envio de elevado número de documentos, croquis, plantas e informações, são toleradas para justificar a opção pelo pregão presencial, conforme Acórdão nº 1.099/2010, do Plenário do TCU.

[...]

Não há qualquer fundamento que justifique a adoção da modalidade pregão presencial, portanto, a conduta dos responsáveis pode por si só, gerar a nulidade do contrato, sem prejuízo das penalidades a serem aplicadas ao gestor (RONDÔNIA, 2014, p. 24).

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado de Rondônia emitiu recomendação que possui o seguinte teor, considerando-se a utilização do pregão presencial em vez do eletrônico:

CONSIDERANDO que a obrigatoriedade de utilização, sempre que possível, do Pregão Eletrônico, ao revés do Presencial, constitui-se tema pacificado perante a Corte de Contas que, reiteradas vezes (Decisão 614/2007, Decisão nº 625/2007, Decisão n. 649/2007, Decisão n. 124/2008, Decisão n. 288/2008, Decisão n. 504/2008, Decisão n. 333/2009, Decisão n. 471/2009 e Decisão n. 199/2010, dentre outras mais recentes), tem decidido que a adoção da forma Eletrônica de Pregão não se configura ato discricionário, ao contrário, trata-se de mecanismo pelo qual é possível a obtenção de melhor proposta, em face dos princípios da economicidade e eficiência, da moralidade administrativa e também, do princípio da transparência na atuação administrativa, possibilitando que qualquer cidadão tenha acesso, via internet, às contratações eletrônicas efetuadas, princípios esses aos quais a Administração Pública não deve, nem pode, afastar-se (RONDÔNIA, 2014, p. 2).

Diante deste impasse, infere-se que, nem sempre o pregão eletrônico constituirá a modalidade mais satisfatória ao atendimento do interesse público, e, não obstante o entendimento do Tribunal de Contas consolide-se no sentido oposto, deve este órgão empregar cautela quando da prolação de suas decisões, de forma a não ingerir na discricionariedade do administrador, que também é limitada pela lei.

Tal como o que ocorre com demais órgãos dos Poderes constituídos pela Constituição Federal, o Tribunal de Contas deve obediência aos mecanismos de contenção do seu poder. Caso contrário, sua atividade restará maculada pela ferida da ilegitimidade, e, não menos, pela arbitrariedade, ambas fortemente condenadas pelo sistema jurídico.

4.3 O CONTROLE DE LEGALIDADE FEITO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA A PARTIR DA SÚMULA N. 6/TCE-RO

Sob a tangente do controle de legalidade realizado no âmbito da Administração Pública, tem-se que este comporta duas possibilidades: a) pode ser feito pelo próprio órgão do Executivo, a título de controle interno, pela própria Administração; b) ainda, poderá ser

realizado no âmbito do Poder Judiciário, que se limitará, estritamente, ao exame da legalidade do ato.

Na órbita da Administração Pública, é permitido efetuar tanto o controle de mérito (considerados os critérios de conveniência e oportunidade) quanto o controle da legalidade do ato, sendo legítima a declaração de eventual nulidade que se origine de ato administrativo em dissonância com os ditames da legalidade, em decorrência do princípio da autotutela, que engloba os atos da Administração. Igualmente, pode o Judiciário proceder à declaração de nulidade do feito administrativo, a partir da apreciação da legalidade deste, afastando, repise-se, quaisquer interferências na esfera da discricionariedade do administrador.

Tendo em vista que o Tribunal de Contas não integra o Poder Judiciário, não fazendo parte do rol descrito no art. 92 da Constituição Federal, infere-se, por conseguinte, que o controle por ele realizado é destituído de caráter judicial. Não obstante, é pertinente a lição de Castro (2004, p. 185), que ressalta alguns pontos que podem conferir, ao menos, características jurisdicionais às decisões proferidas no âmbito dos Tribunais de Contas, em matéria de controle de legalidade:

Primeiramente, porque os TC's julgam sob o critério exclusivamente objetivo ou da própria técnica jurídica (subsunção de fatos e pessoas à objetividade das normas constitucionais e legais). Segundamente, porque o fazem com a força ou a irretratabilidade que é própria das decisões judiciais com trânsito em julgado. Isto, quanto ao mérito das avaliações que as Cortes de Contas fazem incidir sobre a gestão financeira, orçamentária, patrimonial, contábil e operacional do Poder Público.

Acontece que, nesta tangente, a classificação que melhor se aplica aos Tribunais de Contas é a que considera que estes possuem natureza político-administrativa, não se podendo olvidar de sua origem centralmente constitucional. Por isso, “[...] se infere que as Casas de Contas se constituem em tribunais de tomo político e administrativo a um só tempo. Político, nos termos da Constituição; administrativo, nos termos da lei” (CASTRO, 2004, p. 188).

O órgão do Tribunal de Contas não detém da competência para, por si só, determinar a revogação ou a nulidade de ato administrativo, de modo que, a teor do art. 71, XI, da Constituição Federal, deve aquele “representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados”. Desse modo, o Poder competente aqui suscitado recai sobre o Executivo ou no Judiciário, em que pese a análise do mérito (somente pelo Executivo) e da legalidade do ato.

Assim, resta consignar que o controle de legalidade feito a partir da Súmula n. 6/TCE-RO, pelo Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, não tem o condão de impor ao

administrador que este aja desta ou daquela maneira, mas tão somente, como dito supra, de orientar aquele quanto à tomada de decisões no âmbito de sua gestão, respeitando-se a legalidade e, por consequência, a discricionariedade na eleição da modalidade licitatória. Caso sua conduta fira preceitos de ordem pública, tal como os princípios preconizados pelo art. 37 da Constituição Federal e pela legislação correlata, é que será efetivada a realização do controle de legalidade, que poderá ser feito pela própria Administração, ou pelo Poder Judiciário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da análise empreendida sobre os aspectos atinentes ao Tribunal de Contas do Estado de Rondônia e o poder normativo de que este dispõe para o exercício de suas funções, inclusive em relação à utilização do pregão eletrônico nas licitações públicas, restam as seguintes considerações:

1. O Tribunal de Contas é um órgão criado pela Constituição Federal de 1988, cujas atribuições decorrem diretamente da Carta Magna. Possui natureza notadamente política, não obstante o exercício de suas funções também se encontre regulamentado em atos normativos infraconstitucionais, a exemplo de suas resoluções administrativas e regimentos internos. Seu mister precípua é auxiliar o Poder Legislativo no exercício do controle externo dos atos emanados dos órgãos dos demais Poderes.

2. Visando exercer um controle sobre esta atividade, o Tribunal de Contas se mostra como um elemento de verificação da legalidade e da legitimidade dos atos praticados no âmbito da Administração Pública. O controle por ele desempenhado possui notável relevância no cenário jurídico, pois, junto ao Poder Legislativo, tem o condão de auferir, sob uma perspectiva orçamentário-financeira, a forma e onde os recursos públicos estão sendo aplicados, incluindo-se aqui as licitações e contratos públicos.

3. No que atine à legalidade da Súmula n. 6/TCE-RO, esta se situa dentro dos parâmetros delineados pela lei, a partir do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, não vinculando o administrador à utilização obrigatória do pregão eletrônico quanto às licitações realizadas no âmbito da Administração Pública. Em sua reserva de matéria, a súmula consiste, unicamente, em uma orientação uniformizadora das decisões proferidas pela Corte de Contas, conferindo maior segurança jurídica e coerência ao entendimento promanado no âmbito desta. Nesse diapasão, não há que se falar em ingerência à discricionariedade do gestor, que será apenas orientado, a partir da súmula, a agir desta ou daquela maneira.

4. O poder normativo do Tribunal de Contas é restrito à sua competência, traçada pela Constituição Federal, não confrontando as atribuições conferidas ao administrador da coisa pública. Se agisse contrariamente a esse postulado, o Tribunal de Contas incorreria no rompimento de sua localização na teoria da separação dos poderes, infringindo, também, a ordem estabelecida pela Constituição Federal, no que atine à estruturação do Estado e seus respectivos órgãos. Deve a aludida instituição agir com cautela quando do exercício das atribuições que lhe competem, pois, como fora anteriormente elucidado, há o risco de o Tribunal de Contas ter suas atividades desvirtuadas em razão da invasão da esfera de discricionariedade conferida pela própria lei, exclusivamente ao gestor.

5. Em relação ao pregão, embora se trate de uma modalidade licitatória que foi criada com o escopo de otimizar as contratações realizadas pela Administração Pública, e que seja, teoricamente, mais eficiente em relação às demais modalidades licitatórias, caberá ao administrador, a seu alvitre, a eleição da forma (presencial ou eletrônica) que melhor atenda às necessidades do ente por ele gerido, observando-se os princípios celebrados no artigo 37 da Constituição Federal (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), e, quando da realização da licitação, daqueles previstos na Lei n. 8.666/1993, como a isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração, a probidade administrativa e, igualmente, a ampla competitividade.

Tendo em vista as vantagens oriundas do pregão eletrônico, coadunadas com o exercício consciente da atividade administrativa, a partir dos critérios de conveniência e oportunidade que caracterizam o poder discricionário conforme as prescrições legais, traça-se o caminho apropriado à satisfação do interesse público. Não se olvide que é o atendimento deste que torna a *práxis* do administrador público legítima, pois, caso contrário, restará caracterizada grave afronta aos princípios que regem a administração pública.

À vista disso, não se pode menosprezar a fiscalização exercida pelo Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, uma instituição que, amoldada sob as disposições constitucionais, adquire contornos essencialmente relevantes no que tange à supervisão dos atos emanados do Poder Público, observados os limites de sua normatividade, o que se torna vital para a validade e legitimidade de sua conduta perante o sistema vigente neste Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06 mai. 2015.

BRASIL. **Constituição (1891)**. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 02 abr. 2015.

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 06 mai. 2015.

_____. **Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002**. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm>. Acesso em: 18 mai. 2015.

_____. **Decreto n. 5.450, de 31 de maio de 2005**. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm>. Acesso em: 18 mai. 2005.

_____. **Resolução TCU n. 246, de 30 e novembro de 2011**. Altera o Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, aprovado pela Resolução TCU n. 155, de 4 de dezembro de 2002. Disponível em: http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/normativos/sobre_normativos/regimento.pdf. Acesso em: 26 mai. 2015.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Breve histórico**. Disponível em: http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/institucional/conheca_tcu/historia. Acesso em: 18 de jan. 2015.

CASTRO, Flávio Régis Xavier de Moura; ROCHA, Lincoln Magalhães; SOUZA, José Alfredo de *et al.* **O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais**. 2. ed. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do estado**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIAS, Carlos Alberto da Costa. Liminares: poder discricionário ou vinculado. **Revista de Informação legislativa**. Brasília, ano 31, n. 123, jul./set., 1994.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

ESTADO DE RONDÔNIA. **Resolução Administrativa n. 005/TCER-96**. Aprova o Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia. Disponível em: <http://www.tce.ro.gov.br/tribunal/legislacao/arquivos/ResAdmin-5-1996.pdf>. Acesso em: 26 mai. 2015.

_____. Ministério Público de Contas do Estado de Rondônia. **Notificação recomendatória conjunta n. 03/2014/PMPC**. Disponível em: <[http://www.mpc.ro.gov.br/arquivoscms/MPC/files/03%20-%202014-PM%20Corumbiara-%20utilizar%20Preg%20Eletr%C3%83%C2%B4n%20e%20valores\(2\).pdf](http://www.mpc.ro.gov.br/arquivoscms/MPC/files/03%20-%202014-PM%20Corumbiara-%20utilizar%20Preg%20Eletr%C3%83%C2%B4n%20e%20valores(2).pdf)>. Acesso em: 04 jun. 2015.

_____. Tribunal de Contas do Estado de Rondônia. **Súmula n. 6/2014**. Órgão Julgador. Conselho Superior de Administração. Data: 30/04/2014. Data da publicação/fonte: 14/05/2015. DoeTCE-RO 668, p.12. Disponível em: <<http://www.tce.ro.gov.br/index.php/sumula/sumula-no6tce-ro/>>. Acesso em: 24 mai. 2015.

_____. Tribunal de Contas do Estado de Rondônia. **Decisão n. 41/2014/GCESS**. Relator: Conselheiro Edílson de Sousa Silva. Data: 19/02/2014. Data da publicação: 20/02/2014. DoeTCE-RO 617, p. 24. Disponível em: http://www.tce.ro.gov.br/arquivos/Diario/Diario_00617_2014-2-20-12-11-9.pdf. Acesso em: 04 jun. 2015.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. Os limites do poder fiscalizador do Tribunal de Contas do Estado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 36, n. 142, abr./jun. 1999.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Vinculação e discricionariedade nos atos administrativos. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 38, n. 151, jul./set., 2001.

GUERRA, Evandro Martins. **Os controles externo e interno da Administração Pública**. 2. ed. rev. e ampl., 2. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

KALIL, Hugo Souto. A modalidade licitatória do pregão e o seu critério de aplicação: transcendendo o paradigma de avaliação quanto ao objeto do contrato. **Boletim do Legislativo n. 1**. Senado Federal: Núcleo de Estudos e Pesquisas, 2011.

MACHADO, Hugo de Brito. **Uma introdução do estudo do direito**. São Paulo: Dialética, 2000.

LAUBÉ, Vitor Rolfe. Considerações acerca da conformação constitucional do Tribunal de Contas. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 29, n. 113, jan./mar., 1992.

MARANHÃO, Jarbas. Tribunal de Contas: Natureza jurídica e posição entre os poderes. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 27, n. 106, abr./jun., 1990.

_____. Origem dos Tribunais de Contas e evolução do Tribunal de Contas no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 29, n. 113, jan./mar., 1992.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENESES, Geraldo Magela e Silva. Limites ao poder jurisdicional na perspectiva do direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 40, n. 159, jul./set., 2003.

MONTESQUIEU, Baron de. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão presencial e eletrônico**. Curitiba: Zênite Editora, 2004.

SCLIAR, Wremyr. Controle externo brasileiro: Poder Legislativo e Tribunal de Contas. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 46, n. 181, jan./mar., 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SOARES, José de Ribamar Barreiro. A natureza jurídica do Tribunal de Contas da União. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 33, n. 132, out./dez., 1996.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e contrato administrativo:** de acordo com as leis 8.666/93 e 8.883/94. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 2661 MC.** Relator Min. Celso De Mello, Tribunal Pleno, julgado em 05/06/2002, DJ 23-08-2002 PP-00070 EMENT VOL-02079-01 PP-00091.

Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387196>. Acesso em: 15 mai. 2015

OBRAS CONSULTADAS

ESTADO DE RONDÔNIA. **Lei Complementar n. 41, de 22 de dezembro de 1981.** Cria o Estado de Rondônia, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp41.htm. Acesso em: 01 jun. 2015.

_____. **Lei Complementar n. 154, de 26 de julho de 1996.** Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.tce.ro.gov.br/tribunal/legislacao/arquivos/Lei-154-96-compilada-ate-LC-812-15.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2015.

HOBBS, Thomas de Malmesbury. **Leviatã.** Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil – e outros escritos:** ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Traduzido por Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe.** Tradução Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2007.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Técnicas de Pesquisa:* planejamento e execução de pesquisas, amostragem e técnicas de pesquisas, elaboração, análise e interpretação de dados. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Metodologia científica.* 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008.